

Die Verzeihung im Schweizerischen Ehescheidungs- und Erbrecht

DISSERTATION

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

EGON P. S. ZEHNDER
von Zürich und Ettenhausen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Verzeihung im Schweizerischen Ehescheidungs- und Erbrecht

DISSERTATION

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

EGON P. S. ZEHNDER
von Zürich und Ettenhausen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 31. Oktober 1953

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



„venia summa victoria divina“

MEINEN ELTERN

INHALTS-VERZEICHNIS

Verzeichnis der Gesetze, Materialien, Judikatur	10
Literaturverzeichnis	11
Vorwort	15

1. TEIL: BEGRIFF UND JURISTISCHE NATUR

1. ABSCHNITT: BEGRIFF DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung	17
II. Versöhnungswille und Äusserung	18
A. Innerer Vorgang	18
B. Äusserer Vorgang	19
C. Erklärungs- und Willentheorie	19
a. Erklärungstheorie	20
b. Willentheorie	20
III. Definition der Verzeihung	22

2. ABSCHNITT: JURISTISCHE NATUR DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung	24
II. Verzeihung ein Rechtsgeschäft?	25
III. Verzeihung ein tatsächliches Ereignis?	26
IV. Verzeihung eine Rechtshandlung	28

2. TEIL: RECHTLICHE BEHANDLUNG

1. ABSCHNITT: VORAUSSETZUNGEN DER VERZEIHUNG

I. Allgemeines	31
A. Begriffliche Voraussetzungen	31
B. Materiellrechtliche Voraussetzungen	33
a. Freie Entschlussbildung, Ausschluss von Willensmängeln	33
1. Irrtum	33
Nicht ernst gemeinte Verzeihung	35
Simulation	35
Mentalreservation	35
2. Absichtliche Täuschung	36
3. Drohung und Zwang	36
b. Urteilsfähigkeit	37
Verzeihung durch Vormund	38

II. Im Rechte der Ehescheidung	39
A. Voraussetzungen in der Person des Verletzenden	40
a. Begriff des Ehebruchs	40
b. Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung oder Ehrenkränkung	41
B. Voraussetzungen in der Person des Verzeihenden	44
a. Urteilsfähigkeit und Wille	44
b. Genaue und überzeugende Kenntnis des Tatbestandes	44
c. Berücksichtigung von Willensmängeln	46
III. Im Rechte der Erbunwürdigkeit	47
A. Begriff der Erbunwürdigkeit	47
B. Voraussetzungen in der Person des Unwürdigen	47
a. Urteilsfähigkeit	47
b. Erbunwürdigkeitsgründe	48
c. Stellung der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit	49
C. Voraussetzungen in der Person des Verzeihenden	51
a. Genaue und überzeugende Kenntnis der Verletzung	51
b. Urteilsfähigkeit	51
c. Willensmängel	52

2. ABSCHNITT: FORM DER VERZEIHUNG

I. Allgemeines	53
A. Formfreiheit	53
Keine empfangsbedürftige Willenserklärung	54
B. Verzeihung unter Bedingungen	55
C. Ausdrückliche Verzeihung	58
Spezielle Verzeihung	58
Generelle Verzeihung	58
D. Stillschweigende Verzeihung	60
II. Die Form der Verzeihung im Rechte der Ehescheidung	61
A. Vorbemerkung	61
Ausdrückliche Verzeihung	61
Stillschweigende Verzeihung	62
B. Leistung der ehelichen Pflicht	63
C. Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft	66
D. Rückzug der Ehescheidungsklage	68
E. Verstreichenlassen der Verjährungsfrist	69
III. Die Form der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit	71
A. Vorbemerkung	71
B. Ausdrückliche Verzeihung	71
C. Stillschweigende Verzeihung	72
a. Auf Grund von Art. 540 Ziff. 1 ZGB	73
b. Auf Grund von Art. 540 Ziff. 2 ZGB	73
c. Auf Grund von Art. 540 Ziff. 3 ZGB	74
d. Auf Grund von Art. 540 Ziff. 4 ZGB	75

3. ABSCHNITT: WIRKUNGEN DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung	77
II. Wirkungen der Verzeihung im Rechte der Ehescheidung	77
A. Allgemein	77
a. Verlust des Klagerrechtes	77
b. Spätere Berücksichtigung verziehener Tatsachen	78
B. Das Verhältnis der Verzeihung zu den übrigen Scheidungsgründen des ZGB	81
a. Problematik	81
b. Verzeihung beim Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens und unehrenhaften Lebenswandels (Art. 139 ZGB)	82
Entehrendes Verbrechen	82
Unehrenhafter Lebenswandel	84
c. Verzeihung beim Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung (Art. 140 ZGB)	85
d. Verzeihung beim Scheidungsgrund der Geisteskrankheit (Art. 141 ZGB)	86
e. Verzeihung beim Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung (Art. 142 ZGB)	86
III. Die Wirkung der Verzeihung im Erbrecht	89
A. Die im Gesetze erwähnte Wirkung der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit	89
B. Berücksichtigung der Verzeihung bei der Enterbung	91
a. Enterbung und Erbunwürdigkeit	91
b. Die Rolle der Verzeihung im Rechte der Enterbung	93
IV. Verzeihung in die Zukunft	96
A. Problematik	96
B. Tötung auf Verlangen	97
V. Geltendmachung der Verzeihung	98

VERZEICHNIS DER GESETZE, MATERIALIEN, JUDIKATUR

- Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811.
(zitiert: ABGB)
- Allgemeines Landrecht für preussische Staaten. (zitiert: ALR)
- Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung
(zitiert: Sten.Bull.)
- Bericht des Obergerichts des Kantons Solothurn.
- Blätter für zürcherische Rechtsprechung. (zitiert: BLZR)
- BG betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe von 1874.
(zitiert: ZEG)
- BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
(zitiert: OR)
- BG über die Scheidung der gemischten Ehen vom 3. Februar 1862.
- Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich v. 18. August 1896, (zitiert: BGB)
- Code civil français. (zitiert: Cc)
- Entscheidungen des aargauischen Obergerichts. (zitiert: Aarg. OGE)
- Entscheidungen des Appellationsgerichtes des Kantons Basel Stadt.
- Entscheidungen der Oberlandsgerichte von Braunschweig, Karlsruhe und Hamburg.
(zitiert: OLG)
- Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen. (zitiert: ERG)
- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung.
(zitiert: BGE)
- Journal des Tribunaux, Lausanne. (zitiert: JdT)
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
V Bände, Berlin/Leipzig 1888. (zitiert: Motive)
- Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes. (zitiert: Praxis)
- Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zürich. (zitiert: RechBer.)
- Schweizerische Juristenzeitung. (zitiert: SJZ)
- Schweizerische Juristische Kartothek, Blätter 509—514 von Dr. A. Wuarin, Genf.
(zitiert: SJK)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937. (zitiert StGB)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907. (zitiert: ZGB)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, Zweites Heft: Das Erbrecht von Eugen Huber. Bern 1901. (zitiert: Huber-Erläuterungen)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. 1. Band: Einleitung, Personen- Familien- Erbrecht. Bern 1914. (zitiert: Erläuterungen)
- Semaine Judiciaire, Genf. (zitiert: Sem jud.)
- Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung. (zitiert: Aarg. VJ Schr.)
- Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. (zitiert: ZbJV)
- Zeitschrift für Schweizerisches Recht. (zitiert: ZSR)
- BG über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947. (zitiert: BZPO)
- Zürcherische Zivilprozessordnung vom 13. April 1913. (zitiert: ZPO)

LITERATUR

- Abrahamsohn Max, Die Erbunwürdigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Leipzig 1908.
- Bänninger Martha, Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, Diss. Zürich 1922.
- Bennecke Hens. Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch in ihrer historisch dogmatischen Entwicklung, Marburg 1884.
- Bertholet Paul, De l'Exhérédation et de l'Indignité, Diss. Lausanne 1880.
- Bieler Willi, Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht, Diss. Greifswald 1916.
- Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage. Besonderer Teil, Leipzig 1902.
- Binding, Normen und ihre Übertretungen, 5 Bände, 2. Aufl. Leipzig 1890—1919.
- Bindschedler Léon, Die Erbunwürdigkeit, insbesondere nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1915.
- Binswanger/Siemerling, Lehrbuch der Psychiatrie, 4. Aufl. Jena 1915.
- Briner Robert, Die Ehescheidungsgründe im Zivilstands- und Ehegesetz von 1874 und im Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1911.
- Crome Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5 Bände, Tübingen 1912.
- Cohn Manfred, Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs, Diss. Greifswald 1916.
- Curti Arthur, Schweizerisches Erbrecht, Zürich 1909.
- Curti/Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen, Zürich 1911.
- Davidsohn C., Das Recht der Ehescheidung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.
- Demolombe Charles, Traité du Divorce, Paris 1896.
- Dernburg Heinrich, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 5 Bände Halle a. S. 1902-1907. (zitiert Dernburg BGB)
- Dernburg Heinrich, Deutsches Erbrecht, 3. Aufl. Halle a. S. 1911. (zitiert: Dernburg-Erbrecht)
- Dernburg Heinrich, Pandekten, Band III, Berlin 1893, (zitiert: Dernburg-Pandekten)
- Dernburg Heinrich, Preussisches Privatrecht, Band III, Halle a. S. 1897. zitiert: Dernburg-Privat R)
- Dukor B., Das schweizerische Eheverbot für Urteilsunfähige und Geisteskranke, Zürich 1939.
- Eck Walter, Indignität und Enterbung, Diss. Berlin 1894.
- Egger A., Kommentar zum ZGB, Das Familienrecht, II. Band, 1. Abt.: Das Ehe-recht, 2. Aufl. Zürich 1936.
- Eltzbacher Paul, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Band I Berlin 1903.
- Endemann F. Einführung in das Studium des BGB. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. und III. Band, Berlin 1907 resp. 1899.
- Enneccerus/Kipp/Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, IV. und V. Band, Marburg 1930/31.

- Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozess einschl. der Nichtigkeitserklärung der Ehe im deutschen Reiche, Berlin 1900.
- Escher A. Das Erbrecht, Kommentar 2. Halbband 2. Aufl. Zürich 1943.
- Fischer/Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, München 1919.
- Franck R., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1914.
- Freudenberg E., Die Verzeihung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Diss. Berlin 1903.
- Frommhold G., Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.
- Gareis, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.
- Gehm Wilhelm, Die Entziehung des Pflichtteils, Diss. Greifswald 1901.
- Germann O. A., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Textausgabe mit Erläuterungen, 4. Auflage Zürich 1947.
- Gisi M., Verhandlungs- und Officialmaxime im Eheprozessrecht, ZSR Band 32, Seite 419f.
- Glasson E., Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, 2e édition, Paris 1880.
- Gmür, Max, Kommentar zum ZGB: Familienrecht, 1. Abt. Das Eherecht, 2. Aufl. Bern 1923. (zitiert: Gmür Komm.)
- Grube E., Der Ehebruch als Ehescheidungsgrund, Diss. Greifswald 1915.
- Guhl Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1948. Zitiert: Guhl OR)
- Guldener M., Das Schweizerische Zivilprozessrecht Band I und II, Zürich 1947.
- Hafter Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allg. Teil, 2. Aufl. Bern 1946. (zitiert: Hafter I)
- Hafter Ernst, Das schweizerische Strafrecht, Bes. Teil, 1. Band, 2. Auflage, Berlin 1943. (Zitiert: Hafter II.)
- Heinsheimer E., Die Voraussetzungen zur Ehescheidung, Diss. Marburg 1909.
- Held Fritz, Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Bern 1918.
- Hildebrandt W., Scheidungsrecht und Schöpfungsordnung. Eine Betrachtung zu Art. 142 ZGB in „Kirchliche Zeitfragen“ Heft 18, 1947.
- Hinderling Hans, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht. Eine Darstellung der Rechtsprechung, Zürich 1952.
- Hirschberg F., Die Bedeutung und die rechtliche Natur der Verzeihung im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Würzburg 1904.
- Huggler Peter, Die Erbunwürdigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1952.
- Jacobi L. D., Das persönliche Eherecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich in „Das Recht des BGB in Einzeldarstellungen“, Berlin 1896.
- Ikowicz Marc, De l'Exhérédation en Droit Suisse, Diss. Genf 1930.
- Kalischer S., Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im Rechte der Schenkung, der Ehescheidung, des Pflichtteils und der Erbunwürdigkeit, Diss. Heidelberg 1907.
- Kamps, Die juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Rostock 1903.
- Katz Julius, Begriff und rechtlich Natur der Verzeihung und ihre Bedeutung für das Ehescheidungsrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Diss. Göttingen 1911.
- Keller-Abramski, Der Ehebruch, Diss. Zürich 1923.
- Knus John, Die Ehescheidungsgründe im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1936.
- Koch, Kommentar zum allgemeinen Landrecht, 3. Band, Berlin und Leipzig 1896.
- Kretzschmar Ferdinand, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. A., Leipzig 1913.

- Kuhlenbeck, Das BGB nebst Einführungsgesetzen 2. Band, 2. Aufl., Berlin 1903.
- Kunz Walter, Die Ehescheidung im schweizerischen Recht, Rechtshilfebücher III, Rechtshilfegesellschaft 1939.
- Lebedkin Max, Der Ehebruch nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Diss. Bern 1943.
- Leonhard Rudolf, Erbrecht, 2. Aufl., Berlin 1912.
- Lienert Xaver, Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1950.
- Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1914.
- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1927.
- Lüttgert, Die Verzeihung im Ehescheidungsrecht des BGB in Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht, Band X 1901; Seiten 89-105, 220-245.
- Manuel de Droit Civil Suisse Tome premier Lausanne/Genève 1922.
- Mathias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I und II, 3. Aufl., Berlin 1900.
- May R., Ehescheidungspsychologie und Ehekunde in Preussische Jahrbücher Bd. 173, S. 319.
- Müller Alphons, Der Ehebruch im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1933. (zitiert: Alphons Müller)
- Müller Rudolf, Die rechtliche Bedeutung der Verzeihung, Diss. Heidelberg 1908. (zitiert: Müller)
- Müser, Bedeutung, Umfang und Wirkung der Scheidungsgründe des deutschen BGB, Diss. Leipzig 1912.
- Nadler Max, Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im Rechte der Schenkung, der Ehescheidung, des Pflichtteils und der Erbunwürdigkeit nach dem BGB. Diss. Rostock 1902.
- Neugebauer E. C., Ehescheidung ohne Verschulden. Die deutsche Ehescheidungsreform und das ausländische Recht. Diss. Bonn 1931.
- Oberholzer Max, Scheidungsgründe des spanischen Rechts verglichen mit dem deutschen und schweizerischen Recht. Diss. Zürich 1936.
- Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906.
- Oser/Schönenberger, Kommentar zum OR 2. Aufl. Zürich 1929.
- Pfeil W., Der Ehebruch in seiner geschichtlichen Entwicklung und nach geltendem Recht, Diss. Heidelberg 1908.
- Picot Alb., Einige Betrachtungen über die Ehescheidung, Basel 1930.
- Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5 Bände, Berlin/Leipzig 1924/30.
- Planiol M., Traité élémentaire de droit civil tome 3ème, 2ème édition, Paris 1946.
- Regelsberger F., Pandekten I. Band, Leipzig 1893.
- Rehdans W., Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im Rechte der Schenkung, der Ehescheidung, des Pflichtteils und der Erbunwürdigkeit nach dem BGB.
- Rohr Max, Enterbung und Erbunwürdigkeit nach dem Rechte des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Diss. Leipzig 1914.
- Rosenthal Heinr., Kommentar zum BGB, Berlin 1931.
- Rossel et Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse 2ème édition, Tome premier et deuxième Genève 1922.
- Roth Fritz, Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Problem der Rechtsprechung, Diss. Bern 1936.
- Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band III Berlin 1840/49.
- Schindlbeck Ludw., Erbunwürdigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Erlangen, Landshut 1898.
- Schmidt, Kommentar zum BGB: Familienrecht, München 1907.

- Schüler S., Das Ehescheidungsproblem, Diss. Jena 1928.
- Soergel, Das deutsche BGB nebst Einführungsgesetzen II. und III. Band, Stuttgart/Leipzig/Berlin 1937.
- Stadler Emil, Die Enterbung im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1910.
- Staudinger J. von, Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetze, 5 Bände, 9. Auflage, München/Berlin/Leipzig 1926-1928.
- Thormann/ von Overbeck, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Band, Zürich 1941.
- Tuhr von/Sieewart, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I. und II. Halbband, 2. Aufl. Zürich 1942.
- Thurnheer Walter, Die Verzeihung im schweizerischen Ehe recht mit geschichtlicher Einleitung, Diss. Borna-Leipzig 1911.
- Tunica Gust., Die Ehescheidungsgründe des bürgerlichen Gesetzbuches durch die Rechtssprechung erläutert. Berlin 1911.
- Tuor Peter, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. Zürich 1948.
(zitiert: Tuor ZGB.)
- Tuor Peter, Kommentar zum ZGB, Das Erbrecht, 3. Band, Bern 1929.
(zitiert: Tuor Komm.)
- Tuor Peter, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. Zürich 1936.
(zitiert: Tuor Testament)
- Warneyer O., Kommentar zum BGB, II. Band, 4. und 5. Buch, 2. Auflage Tübingen 1930.
- Weiss Gottfried, Sammlung der eidgenössischen und kantonalen Entscheide 1912 bis 1921/1922-1937.
- Wharton's Law Lexicon by Jvan Hornimann forming an Epitome of the laws of England under Statute and Case Law 13th Edition, London 1925.
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I—III, 8. und 9. Aufl., Frankfurt 1901-1906.
- Windscheid, Wille und Willenserklärung, Eine Studie, Leipzig 1878.
- Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 3. und 4. Band, 8. Aufl. Freiburg i. B. 1895.

Vgl. dazu zusätzlich die Spezialliteratur in den Anmerkungen.

In den Fussnoten wurden Vorname des Verfassers, Verlagsort und Erscheinungsjahr weggelassen. Sie können hier im Literaturverzeichnis nachgeschlagen werden.

VORWORT

Der Schöpfer des Schweizerischen Zivilgesetzbuches hat der freiheitlichen Gestaltung des Privatlebens einen weiten Spielraum gelassen. Nur dort, wo es öffentlichem Interesse oder dem Schutze der Persönlichkeit dient, hat das Recht zwingenden Charakter. Im Rahmen der Rechtsordnung kann der Einzelne über seine Rechte verfügen.

Die Bedeutung der Verzeihung liegt darin, dass sie dem Rechtssubjekt die Möglichkeit einräumt, die Bestimmungen, die zu seinem persönlichen Schutze erlassen worden sind, durch eine Willenserklärung wirkungslos zu machen, denn letzten Endes muss es doch Sache des Individuums sein, darüber zu entscheiden, ob eine Handlung ihm gegenüber geeignet ist, das bestehende Verhältnis zum Verletzenden zu beeinträchtigen, oder sogar aufzuheben.

Warum hat aber der Gedanke der Verzeihung nicht auf dem ganzen Gebiete des Rechtes Einlass gefunden? Der Grund hiefür mag wohl in der grossen Gefahr für eine einheitliche, gerechte Rechtsordnung und daher für die allgemeine Rechtssicherheit liegen.

Obgleich die Verzeihung als ethischer Vorgang überall wirkt, wo ein Recht auf gekränktem Gefühl beruht¹, sieht das Schweizerische ZGB das Institut der Verzeihung nur an zwei Orten vor: Im Rechte der Ehescheidung und im Rechte der Erbunwürdigkeit, bei Handlungen eines Rechtssubjektes gegen ein anderes, die erfahrungsgemäss das Fortbestehen des ursprünglichen Vertrauensverhältnisses verunmöglichen.

Der Beibehaltung dieser Verhältnisse misst also das ZGB eine ganz besondere Bedeutung zu, und es setzt alles daran, um diese zu erhalten. Die entscheidende Bedeutung, die der Erhaltung der Ehe und des Familienvermögens als grundlegende Voraussetzung eines nationalen Wohlstandes im Rahmen der Volksgemeinschaft zukommt, ist offensichtlich.

Diese Überlegungen werden den Gesetzgeber geleitet haben, als er diese beiden Rechtsinstitute mit der Verzeihung ausstattete, d. h. einer Möglichkeit, die zwingenden Normen des Gesetzes durch eine individuelle Willenserklärung ausser Kraft zu setzen.

1) Vgl. von Tuhr/Siegwart I, S. 118, zit. auf S. 89, Anm. 68.

I. TEIL:

BEGRIFF UND JURISTISCHE NATUR DER VERZEIHUNG

1. ABSCHNITT: DER BEGRIFF DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch erwähnt den Begriff der Verzeihung an drei Stellen des Gesetzes¹, ohne ihn jedoch irgendwo zu definieren. Damit hat der Gesetzgeber die nähere Bestimmung des Wesens der Verzeihung und ihrer iuristischen Natur der Praxis und der Rechtswissenschaft² überlassen.

Aus dieser Tatsache lassen sich zwei Folgerungen ableiten: 1. Der Gesetzgeber setzt den im Gesetze erwähnten Begriff der Verzeihung als bekannt voraus; es muss ihm also im Gesetz dieselbe Bedeutung zukommen wie im allgemeinen Sprachgebrauch³. „Verzeihung“ ist kein besonderer iuristischer terminus technicus. 2. Es muss die Einheitlichkeit der iuristischen Natur der Verzeihung im Rechte der Ehescheidung wie im Rechte der Erbunwürdigkeit angenommen werden, wenn auch die aus ihr resultierenden Wirkungen in den beiden Instituten⁴ nicht ganz dieselben sind⁵.

1) Art. 137 Abs. 3, Art. 138 Abs. 3, Art. 540 Abs. 2 ZGB.

2) Vgl. Motive II. S. 304, IV. S. 603.

3) Vgl. Hirschberg S. 55, Rehdans S. 14.

a. M. Blindschedler S. 144. Er will einen Unterschied festlegen zwischen der Bedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch und im Rechtssinne. Der Unterschied bestehe darin, dass der Verletzte kein Hassgefühl mehr gegen den Verletzer empfinde, während bei der Verzeihung im Rechtssinne zum Ausdruck komme, dass der Verletzte trotz des erlittenen Unrechts ein persönliches Verhältnis mit dem Verletzer nicht für unmöglich erachte.

4) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 77 ff., resp. 89 ff., Huggler S. 129.

5) Während die Verzeihung im Rechte der Ehescheidung einen Rechts-

II. Versöhnungswille und Äusserung

Der Vorgang der Verzeihung lässt sich in zwei aufeinander folgende Phasen zerlegen: vorerst in eine innere Komponente, die psychologische Natur ist, und dann in eine äussere: Kundgebung des Versöhnungswillens an die Aussenwelt⁶.

A. Innerer Vorgang

Diese primäre Phase im Ablauf der Verzeihung ist rein seelischer Natur und kann als Versöhnungswille⁷ bezeichnet werden. Dieser Versöhnungswille setzt seinerseits voraus⁸, dass eine Beziehung zwischen zwei Personen⁹ durch eine selbstverschuldete, ethisch oder rechtlich zu missbilligende Handlungsweise¹⁰ seitens einer dieser beiden Personen zerstört zu werden droht, und zwar dergestalt, dass sich bestimmte gesetzliche Folgen daran knüpfen würden.

Irgend ein Wandel der Gesinnung¹¹ ändert diese Regungen von Missbilligung beim Verletzten und beeinflusst sein Gefühl und sein ganzes Denken dahin, dass sie einen Ausgleich dieser Kränkung der Gemütsempfindung hervorgerufenen Seelenstörung bewirkt¹².

Diese versöhnliche Stimmung in der Empfindungswelt des Verzeihenden ist für den Eintritt des ersten psychologischen Vorganges von entscheidender Bedeutung. Dabei ist es belanglos, was für Strömungen diese Sinnesänderung zu erwirken vermochte, ob

verlust zur Folge hat (der verzeihende Gatte verliert gegenüber dem Schuldigen das Recht auf Scheidungsklage), führt sie anderseits im Recht der Erbunwürdigkeit zur Erlangung eines Rechtes (die Berechtigung des Täters, wieder in die Rechte eines Erben eingesetzt zu werden).

6) Vgl. Tuor Komm. S. 175, Leonhard, S. 52, Müller S. 7, Rehdans S. 13, Eltzbacher S. 198, Stadler S. 20.

7) Vgl. Kalischer S. 22 ff.

8) Vgl. unsere Ausführungen S. 31 ff.

9) Nach schweizerischem Recht einerseits zwischen Ehegatten und andererseits zwischen Erblasser und Erbe. Im deutschen Recht kommt noch das Verhältnis zwischen Schenkenden und Beschenkten dazu. Vgl. § 570 ff. BGB.

10) Vgl. Bieler S. 31.

11) Diese innere Umstellung kann ganz ungewollt, aus dem natürlichen Gefühlsleben heraus entspringen, indem sie sich einfach plötzlich eingestellt hat, oder sie kann in bewusster Weise erfolgen, in verstandes- oder gefühlsmässigem Verstehen der Fehler, begangen entweder seitens des anderen, schuldigen Ehegatten oder vielleicht seitens der eigenen Person (vgl. Bänninger S. 215).

12) Vgl. Katz S. 8, Hirschberg S. 57, Stadler S. 20, Bindschedler S. 144, Nadler S. 60 f.

Liebe, Mitleid, Sinnlichkeit, oder ob sie auf einer verstandesmässigen Erwägung beruht¹³.

B. Äusserer Vorgang

Mit diesem inneren, seelischen Vorgang hat es jedoch beim Begriff der Verzeihung noch nicht sein Bewenden. Es bedarf noch einer zweiten Phase, einer Kundgabe dieses Versöhnungswillens an die Aussenwelt. Es ist begrifflich ausgeschlossen, dass sich Rechtsfolgen an einen rein im Innern des Menschen sich abspielenden Vorgang knüpfen können, ohne dass dieser auf eine Art zu Tage getreten ist¹⁴.

Dieser Versöhnungswille muss aber nicht notwendigerweise *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht werden. Auch aus einer oder mehreren konkludenten Handlungen¹⁵ ist unter Umständen darauf zu schliessen, dass auf Grund dieser inneren Umstimmung die verwerfliche Handlung keinen Einfluss mehr auf das zukünftige Vertrauensverhältnis der entzweiten Personen haben soll¹⁶.

Erst wenn jener psychologische Vorgang nach aussen in Erscheinung getreten ist, kann somit die Verzeihung rechtliche Berücksichtigung finden.

C. Erklärungs- und Willenstheorie

Bei der Entscheidung der Frage, ob die Rechtsfolgen der Verzeihung schon an jene seelischen Umstimmung geknüpft werden können und die Äusserung dann lediglich noch Beweismoment dafür darstelle, dass im Innern des Verzeihenden der Wille zur Aussöhnung tatsächlich vorhanden sei, oder ob nur der Äusserung des Versöhnungswillens schlechthin und ausschliesslich rechtliche Wirkung beige-

13) Vgl. Anm. 11.

14) Dieser Wille zur Versöhnung muss also nicht unmittelbar gegenüber dem Schuldigen zum Ausdruck gebracht werden; es ist dies auch vor Drittpersonen möglich. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 54 ff. und die in Anm. 6 zit. Schriftsteller.

15) Dies sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen, die auf einen eingetretenen Versöhnungswillen deuten. Vgl. später S. 60 ff., Planck V. S. 970, Rohr S. 59.

16) Vgl. Nadler S. 25, Knus S. 204, Müller S. 14, Erler S. 125. Die Einsicht, dass eine Bestimmung, wonach auch der nicht in Erscheinung getretene Versöhnungswille rechtlich berücksichtigt werden solle, illusorisch ist, da eben gerade die Äusserung es allein ermöglichen kann, den zu Grunde liegenden Versöhnungswillen erkennbar werden zu lassen (vgl. Kalischer S. 36 ff. und die dort zit. Literatur), hat sich in der Literatur beileibe nicht diskussionslos durchgesetzt.

messen werden könne, werden zwei Ansichten vertreten: die Erklärungstheorie einerseits und die Willenstheorie anderseits.

a) Erklärungstheorie:

Diese Theorie geht dahin, dass nur der Bekundung des Versöhnungswillens rechtliche Wirkung zugesprochen werden solle. Es würde eine „Quelle grösster Unsicherheit“¹⁷ bedeuten, wollte man die Rechtsfolge an den blossen Willen knüpfen¹⁸. Ebenso könnten sich Misstimmigkeiten ergeben, wenn der Eintritt der Wirkung vom erklärten Willen¹⁹ abhängig gemacht würde, weil sich dann jeder auf seine eigene subjektive Interpretation berufen würde. Es steht dem Einzelnen nur eine zuverlässige Möglichkeit offen. Er tut seinen Willen in einer ausdrücklichen Erklärung kund²⁰.

Vom Standpunkt der Erklärungstheorie liegt also Verzeihung im iuristischen Sinne nur dann vor, wenn der Verzeihende den Willensentschluss gefasst und zur Ausführung gebracht hat, indem er seine Gesinnungsumwandlung nach aussen hin in Erscheinung treten lässt²¹.

b) Willenstheorie:

Bei dieser Theorie sollen sich die Rechtsfolgen der Verzeihung schon an die seelische Umstimmung des Verzeihenden knüpfen. Die Äusserung bildet lediglich noch ein Beweismoment mehr dafür, dass

17) Vgl. Eltzbacher S. 154 ff. und 197 ff. Er hat sich mit dieser Frage in eingehender Weise beschäftigt und kann als Gründer und Hauptverfechter dieser Theorie bezeichnet werden. Vgl. auch die Stellungnahme Müllers auf S. 8 dazu, der sich mit den Ausführungen Eltzbachers auseinandersetzt.

18) Hirschberg S. 56 geht sogar soweit, dass er der Verzeihung den seelischen Vorgang überhaupt abspricht. Er argumentiert damit, dass man nach richtigem, logisch gedachten Deutsch sage: „Der Verletzte bittet um Gnade, der Reuige um Verzeihung.“ Ein vernünftiger Mensch bitte aber um eine Handlung und nicht um ein Gefühl.

19) Vgl. Kalischer S. 40: „Weder der Versöhnungswille allein, noch der Versöhnungswille und dessen Äusserung, sondern nur die Äusserung des Versöhnungswillens ist Verzeihung. Auch Eltzbacher S. 154 ist dieser Ansicht, da beim erklärten Willen sich jeder gegenüber seiner Willenserklärung darauf berufen könnte, er habe das Erklärte nicht gewollt.“

20) Eltzbacher S. 155 fügt zu dieser Behauptung folgendes Argument an: „Es ist keine Willenserklärung ohne Erklärung eines Willens möglich, wohl aber eine Willenserklärung ohne Vorliegen des erklärten Willens.“

21) Vgl. Nadler S. 62, Tuor Komm. S. 1175 („Verzeihung muss eine Kundgebung sein“), Zittelmann in Jherings Jahrbücher Band 16 S. 357, Knus S. 205, Kalischer S. 36 ff., Tunica S. 55, Bindschedler S. 144, Oberholzer S. 30, Hinderling S. 49, Briner S. 120, Erler S. 301, Lienert S. 55, Staudinger IV. zu § 1570, Rohr S. 60, Leonhard S. 580, BGE 54 II S. 355 f. Semjud 36, 120, Katz S. 18:

der Wille zu einer Aussöhnung im Innern des Verletzten tatsächlich vorhanden ist²². Entscheidend für die rechtliche Wirkung ist also in erster Linie die *i n n e r e S i n n e s ä n d e r u n g*, der psychologische Versöhnungsakt, selbst wenn er nach aussen nicht in Erscheinung tritt^{23,24}. Er ist für den Eintritt der rechtlichen Wirkung ausreichend²⁵. Hat also beispielsweise ein Verletzter formgültig verziehen, nachträglich aber gegenüber einem Dritten erklärt, er habe zwar der Form nach die Verzeihung ausgesprochen²⁶, innerlich hingegen nicht verziehen²⁷, so muss vom Standpunkt der Willenstheorie dieser Verzeihung rechtliche Wirkung abgesprochen werden. Diese zweite Phase des Verzeihungsvorgangs ist rechtlich unerheblich, indem ein aufrichtiger ernstgemeinter Versöhnungswille fehlt²⁸.

Einer solchen Ansicht kann m. E. unmöglich beigestimmt werden. Ihre Konsequenz wäre grösste Rechtsunsicherheit. Es könnte demgemäss jeder, noch so eindeutig und formgültig erfolgten Verzeihungserklärung in einer momentanen Gemütsregung des Verletzten ohne weiteres ihre Rechtsgültigkeit wieder genommen werden.

Jeder spontan eingetretene Gesinnungswandel, welcher der Verzeihende absichtlich oder unabsichtlich zum Ausdruck bringt oder even-

„Neben dem im Gemüte des Verzeihenden sich abspielenden Vorgang ist die Verzeihung die Betätigung dieser gewandelten Gesinnung in irgend einer Weise, die auf diesen Vorgang schliessen lässt.“

22) Vgl. Freudenberg S. 10: „Dem Charakter der Verzeihung als seelischer Vorgang entspricht es, dass ihre ausdrückliche Äusserung zum Begriffe der Verzeihung durchaus nicht notwendig ist.“

23) Vgl. Müller S. 11: „Das Hauptgewicht liegt auf dem seelischen Vorgang, nur wenn objektiv kein Grund vorhanden ist, daran zu zweifeln, dass das äussere Verhalten dem innern Empfinden des Verletzten entspreche, wenn innerlich auch tatsächlich keine Verzeihung stattgefunden hat, kommt der Äusserung rechtswirksame Bedeutung zu: Entscheid des RG v. 18. 5. 1896“ (Band 37, 92).

24) Der Tatsache, dass sich der Wille als psychologischer Vorgang gar nicht direkt, sondern nur aus dem äusseren Verhalten eines Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit erschliessen lässt (vgl. v. Thur/Sieglwart S. 147 f. u. Anm. 3, BGE 42 II 130), wird wenig Beachtung geschenkt.

25) Vgl. Müller S. 11, Planck IV. zu § 1570, Windscheid: „Wille und Willenserklärung“, eine Studie Leipzig 1878, Zitzelmann: „Die juristische Willenserklärung“ in Iherings Jahrbuch Bd. 16, S. 257, Endemann I. S. 335, Egger N. 14 zu Art. 137 ZGB.

26) Vorausgesetzt wird natürlich, dass diese Verzeihungserklärung aus völlig freien Stricken erfolgt und nicht mit irgend welchen Willensmängeln behaftet ist.

27) Es handelt sich bei diesem Beispiel um einen typischen Fall der Mentalreservation, wobei der Erklärende sich bewusst insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Vgl. v. Tuhr/Sieglwart S. 263, unsere Ausführungen auf S. 35 ff.

28) Vgl. Müller S. 11 und in diesem Sinne die dort zit. zwei Urteile des Reichsgerichtes.

tuell auch nur vortäuscht, ist geeignet, die Verzeihung ohne neues Verschulden des Verletzenden wieder rückgängig zu machen. Der Verletzte hätte sich nachträglich lediglich zu seiner Erklärung zu bekennen²⁹. Unter diesen Umständen wäre jedoch die Rechtswohlthat der Verzeihung eine illusorische, da sie faktisch widerrufbar wäre. Dies ist mit ihrem Wesen³⁰ nicht in Übereinstimmung zu bringen³¹.

Auf Grund dieser Erwägungen muss die Erklärungstheorie als die dem Wesen der Verzeihung entsprechende anerkannt werden. Ich schliesse mich der Auffassung an, dass nur die Äusserung des Versöhnungswillens rechtlich relevant ist. Für das Eintreten oder Nichteintreten einer Rechtsfolge ist die u. U. verheimlichte Gesinnung bedeutungslos³².

III. Definition der Verzeihung

Auf Grund der verschiedenen Definitionen lässt sich in der Literatur feststellen, ob die betreffenden Autoren die Erklärungs- oder Willenstheorie für zutreffend anerkannt haben, je nachdem sie das

29) Im Interesse der Rechtssicherheit muss demnach der Verletzte gezwungen werden können, die sich aus der Verzeihungserklärung ergebenden Konsequenzen zu ziehen. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 36.

30) Eine Gesinnungsumwandlung kann, wenn sie sich einmal eingestellt hat, nicht nachträglich wieder rückgängig gemacht werden. Vgl. unsere Ausführungen S. 100.

31) Ein anderer Fall liegt natürlich vor, wenn die Verzeihung unter Einfluss von Furcht, Drohung oder Zwang gewährt wurde. In diesem Falle hätte sich jedoch der erste, innere Vorgang gar nicht abgespielt, eine eigentliche Verzeihung in unserem Sinne liegt nicht vor. Vgl. später S. 36 f.

32) Es sei an dieser Stelle jedoch mit Nachdruck festgehalten, dass dieser Behauptung nur in bezug auf die juristische Relevanz der Verzeihung Gültigkeit zukommt. Diese soll aber von einem religiösen, ethischen Verzeihungsbegriff auseinander gehalten werden, für den natürlich in erster Linie, ja sogar ausschliesslich, die innere Gesinnung massgebend ist. So können z. B. Handlungen oder Äusserungen zwischen einem Ehegatten und einer Drittperson unter Umständen von einer unendlich viel verwerflicheren Gesinnung zeugen als ein rein physisch bedingter ausserehelicher Geschlechtsverkehr, ohne dass jedoch die Rechtsordnung an jene Rechtsfolgen zu knüpfen vermöchte, wohl aber an diesen, denn im Interesse einer allgemeinen Rechtssicherheit muss sie irgendwo eine Grenze ziehen, an Hand derer sie die unzulässigen Handlungen auseinanderzuhalten vermag. Es liegt eben in der Natur des Rechtes, dass es nur Tatsachen der äusseren Erscheinungswelt erfassen kann, während die rein seelichen Vorgänge ihrer Unkontrollierbarkeit wegen unberücksichtigt bleiben müssen. (Vgl. Knus S. 219, Eltzbacher S. 198: „Das Recht vermeidet nach Möglichkeit, einen blossen inneren Vorgang mit Rechtsfolgen zu verknüpfen; lieber knüpft es die Rechtsfolgen an eine Äusserung über diesen Vorgang an.“)

Schwergewicht des Verzeihungsbegriffes eher auf den äussern oder auf den innern Vorgang verlegt haben. So wird der Anhänger der Willenstheorie die Definition ganz auf die innere Gefühlsbewegung des Beleidigten ausrichten. Er wird eine Verzeihung beispielsweise als gewährt annehmen, „wenn man erlittenes Unrecht im Gemüte nicht nachträgt; wenn man, obgleich man sich mit Recht verletzt fühlen darf, dieser Empfindung nicht mehr Raum gibt und sich in die geschaffene Lage findet, gleich als wäre das Geschehene dem Verletzten gegenüber kein Unrecht“³³.

Wer sich auf den Boden der Erklärungstheorie gestellt hat, wird in seiner Begriffsbestimmung hauptsächlich das Moment der *Auss-erung* in den Vordergrund schieben und Verzeihung etwa dann annehmen, wenn der Verletzte dem Schuldigen in irgend einer Weise³⁴ zu erkennen gibt, dass er ihm, trotz der betreffenden Tat, in Zukunft keinen Schaden zufügen wolle³⁵. Diese Umschreibung ist dahin präzisiert worden³⁶, dass Verzeihung in einer — nicht notwendigerweise ausdrücklichen — Willenserklärung besteht, „einem Andern die Folgen einer rechtlich oder ethisch zu missbilligenden Handlungsweise nicht mehr so nachtragen zu wollen, dass das gegenseitige Vertrauen und der gegenseitige Verkehr noch gestört ist“.

Mit folgender Abänderung möchte ich diese Definition übernehmen: *Verzeihung* ist die seitens des Verzeihenden erfolgte *Bekundung* eines in seinem Innern eingetretenen *Vorganges*, wonach er einem andern ein rechtlich oder ethisch zu missbilligendes Verhalten nicht mehr in einem den gegenseitigen Verkehr oder das gegenseitige Vertrauen störenden Masse nachtragen³⁷ will³⁸.

33) Vgl. Erler S. 120; im gleichen Sinne Rehdans S. 15, Egger N. 14 zu Art. 137 ZGB; über die Widerlegung dieser Definition vgl. die Ausführungen Hirschbergs auf S. 57, der die Wendung „Unrecht im Gemüte nicht nachtragen“ keinesfalls mit dem Begriff der Verzeihung gleichgesetzt haben will.

34) Vgl. Motive IV. S. 602, Nadler S. 25, Hirschberg S. 58: „Verzeihung ist die Äusserung oder Erklärung des Willens einer Person, dass sie dem Schuldigen ein von ihm erlittenes Unrecht nicht anrechnen will.“ Vgl. auch Plandk IV. 4 zu § 1570.

35) Vgl. Windscheid Pandekten II. S. 562.

36) Vgl. Bieler S. 31 und die auf S. 28 zit. Definitionen.

37) Der Begriff der Verzeihung unterscheidet sich hier insofern vom Begriff der *Versöhnung*, dass jene in einem einseitigen Akt bestehen kann, während diese begrifflich aus 2 Akten besteht, nämlich aus der Kenntnis der Verzeihung und aus deren *Annahme* durch den Schuldigen. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 54, Anm. 7.

38) Vgl. weitere Begriffsbestimmungen in ähnlichem Sinne bei Freudenberg S. 4, Thurnheer S. 4, Katz S. 18, Knus S. 204, Tunica S. 55, Lienert S. 45, Stadler S. 20, Bindschedler S. 144, Gmür N. 23 zu Art 138, Hinderling, S. 49.

2. ABSCHNITT: DIE IURISTISCHE NATUR DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung

Die Gewährung der Verzeihung führt zu einer Änderung von Rechtsverhältnissen, indem sie ein Recht untergehen¹ oder entstehen² lässt. Die Verzeihung äussert iuristische Wirkungen, und es kommt ihr somit der Charakter einer iuristischen Tatsache³ zu, d. h. einer Tatsache, welche die Begründung, Abänderung oder Aufhebung von rechtlichen Beziehungen zwischen Personen zur Folge hat⁴.

Als iuristische Tatsache kann die Verzeihung theoretisch verschiedenmassen in das System des Rechtes eingeordnet werden: als unerlaubte Handlung, als eine Rechtshandlung i.W.S. oder als tatsächliches Ereignis⁵.

Welche dieser drei iuristischen Naturen der Verzeihung zukommt, ist — wie wir sehen werden — für die anschliessende rechtliche Behandlung dieses Institutes von grosser Bedeutung.

Weder das ZGB noch irgend ein anderes Gesetzbuch hat zu dieser Frage Stellung genommen. Sie ist ausschliesslich der Wissenschaft und Praxis zur Beantwortung überlassen⁶.

1) Im Rechte der Ehescheidung hat die Verzeihung den Verlust des Scheidungsklagerechtes zur Folge. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 77 ff.

2) Im Rechte der Erbnunwürdigkeit erwächst dem Unwürdigen durch die Verzeihung neuerdings das Recht, sich trotz des vergangenen Verbrechens am Erbgang derjenigen Person zu beteiligen, gegen die er sich vergangen hat. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 89 ff.

3) Eltzbacher S. 71 f. nennt sie „rechtswirksame Tatsachen“.

4) Windscheid I. S. 234 versteht unter iuristischen Tatsachen die einzelnen Momente der Tatbestände, auf Grund deren sich die Entstehung, der Untergang und die Veränderung der Rechte vollzieht.

5) Vgl. über die Unterteilung der iuristischen Tatsachen Savigny I. S. 5 ff., Keller: „Pandekten“ 2. Aufl. Leipzig 1866 I. Bd. S. 120 ff., Vangerow: „Lehrbuch der Pandekten“ Marburg/Leipzig 1863 I. Bd. Regelsberger I. S. 436 ff.

6) Vgl. Motive II. S. 304, IV. S. 602, ZbJV 50, 114, Semjud 1914, 122.

Da die unerlaubte Handlung in unserem Falle offensichtlich ausser Betracht fällt, haben wir noch auf die Rechtshandlung i.w.S. und das tatsächliche Ereignis einzugehen. Die Rechtshandlung i.w.S.⁷ kann ihrerseits wieder unterteilt werden in Rechtsgeschäfte⁸ und Rechtshandlungen⁹ i.e.S. Es bleibt somit zu untersuchen, welche der drei juristischen Naturen: Rechtsgeschäft, tatsächliches Ereignis, Rechtshandlung¹⁰ der Verzeihung innewohnt.

II. Die Verzeihung ein Rechtsgeschäft?

Das Rechtsgeschäft ist eine private, erlaubte Willensäusserung, welche auf Herbeiführung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses gerichtet ist¹¹. Der Rechtserfolg tritt also ein, weil er von den Parteien gewollt ist. Eine Verzeihung wird jedoch nicht ihrer rechtlichen Wirkung wegen gewährt, da sie ia auf unkontrollierbare seelische Einflüsse zurückzuführen ist. Der Ehegatte, der trotz der Verfehlung des anderen Partners gegenüber diesem noch eine solche Zuneigung empfindet, dass er ihm die begangene Tat nicht mehr weiter nachtragen kann und will, verzeiht nicht in der Absicht, das Klavierrecht auf Ehescheidung untergehen zu lassen. Das Wesen der Verzeihung widerspricht somit dem Wesen des Rechtsgeschäftes, da man im Momente des Verzeihens kaum an die Folgen des Gesetzes denkt, geschweige denn in der Absicht, diese Rechtswirkungen herbeizuführen, verzeiht¹².

7) Savigny spricht von „freyen Handlungen“ S. 5 f., wobei der Wille des Handelnden auf zweifache Weise tätig sein kann, nämlich als:

8) a. unmittelbar gerichtet auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses = Willenserklärung, Rechtsgeschäft, oder

9) b. der Wille ist auf andere, nicht juristische Zwecke gerichtet, so dass die juristische Wirkung entweder zurücktritt oder wenigstens im Bewusstsein untergeordnet ist. (Regelsberger S. 475 nennt sie „rechtsgeschäftsähnliche Handlungen“.)

10) Unter Rechtshandlungen verstehen wir fortan immer die Rechtshandlung im engeren Sinne.

11) Vgl. v. Tuhr/Seigwart S. 133, Guhl S. 81, Eltzbacher S. 123, Motive I. S. 127.

12) Auf Grund dieser Erwägungen sind in der Literatur zwei Sätze aufgestellt worden, die zusammenfassend den Beweis dafür erbringen, dass die Verzeihung kein Rechtsgeschäft ist: 1. Die rechtliche Wirkung der Verzeihung tritt auch ein, wenn der Verzeihende sie gar nicht beabsichtigt hat. 2. Die Rechtswirkung tritt sogar ein, wenn der Verzeihende die Natur der Verzeihung als eines Scheidungs- oder Erbunwürdigkeitsaufhebungsgrundes nicht gekannt hat. Vgl. Kalischer u. dort zit. u. a. Erler S. 120, Fischer und Henle zu § 532, Kühlenbeck S. 189,

Da das begriffswesentliche Moment des Rechtsgeschäftes, das Ausrichten des Willens auf den Rechtserfolg, nicht gegeben ist, kann die Verzeihung auch nicht als Rechtsgeschäft betrachtet werden^{13, 14}.

III. Die Verzeihung ein tatsächliches Ereignis?

So eindeutig wie die Literatur die Verzeihung als Rechtsgeschäft ablehnt, so weit teilen sich die Meinungen darüber, ob der Verzeihung eher der Charakter eines tatsächlichen Ereignisses oder einer Rechtshandlung zukommt.

Tatsächliche Ereignisse¹⁵ sind Äusserungen der Natur, welche, als fremde Gewalten, in die menschlichen Rechtsverhältnisse eingreifen und ohne Beteiligung oder Betätigung des Menschen Rechtswirkungen¹⁶ haben¹⁷.

Lüttgert § 3, Oertmann zu § 532, Planck IV. S. 323, Mathias II. S. 310, Davidsohn zu § 1570.

13) Es geht denn auch die gesamte Literatur — mit Ausnahme von zwei Schriftstellern — darin einig, dass die Verzeihung nicht unter den Begriff des Rechtsgeschäftes subsumiert werden kann. a. M. Jacobi S. 108 Anm. 27. Er identifiziert die Verzeihung mit einer gewöhnlichen Erklärung an die Aussenwelt; die ganze innere Phase im Vorgang der Verzeihung schaltet er völlig aus (vgl. dazu die Kritik Freudenburgs S. 20 Anm. 2 und Katz' S. 20, Anm. 2). Er will die rechtsgeschäftliche Natur jedoch nur auf die ausdrücklich ausgesprochene, nicht aber auf die stillschweigende, sich aus konkludenten Handlungen (vgl. unsere Ausführungen auf S. 60 ff.) ergebende Verzeihung beziehen. Hirschberg S. 58 bezeichnet die Verzeihung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Diese m. E. unrichtige Ansicht basiert auf einer unklaren und unpräzisen Definition des Rechtsgeschäftsbegriffes (vgl. besonders S. 59 unten), besonders als er dennoch den ethischen Charakter, den sittlichen Akt (S. 66) dem Verzeihungsbegriff nicht abspricht. Vgl. darüber Katz S. 20 f. Anm. 3, Nadler S. 63, Rohr S. 59, Kalischer S. 58 Anm. 74, Crome IV S. 227, ERG Bd. 15, 167.

14) Vgl. Rosenthal, Staudinger IV. zu § 1570, Planck IV. S. 323, Davidsohn S. 86, Erler S. 120, Freudenberg S. 16, Nadler S. 58, Tunica S. 55, 3 und die dort zit. Entscheide des RG, Motive IV. S. 603: „Die Verzeihung ist jedenfalls kein Rechtsgeschäft; ob sie tatsächlichen Charakter hat oder als Rechtshandlung aufzufassen ist, bedarf keiner gesetzlichen Entscheidung, sondern kann unbedenklich der Wissenschaft und Praxis überlassen werden.“

15) Andere Bezeichnungen dafür sind: „Tatsächlicher Akt“ (Freudenberg S. 17), „Sittlicher Akt“ (Planck zu § 1570), „ethischer Tatbestand“, „faktischer Vorgang“ (Oertmann zu § 532), „tatsächlicher Charakter“ (Davidsohn S. 86), „innerer sittlicher Vorgang“ (Erler S. 302), „einseitiger ethischer Akt“ (Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1915 III. S. 151), „rein tatsächlicher Vorgang“ (Staudinger IV. zu § 1570).

16) Z. B. der Tod, Naturkatastrophen.

17) Vgl. Katz S. 20, Freudenberg S. 23.

Wer die Verzeihung unter diese Gruppe subsumiert¹⁸, stellt sich bei der Definition des Verzeihungsbegriffes auf den Boden der Willens-theorie¹⁹. Gemäss dieser Theorie knüpfen sich die Rechtswirkungen an eine Gemütsstimmung des Beleidigten, deren Ursache und Grundlage ausserhalb des menschlichen Willensbereiches liegen. So wie Empfindung eines Hass- oder Mitleidgefühls vom natürlichen Temperament des einzelnen Menschen abhängig ist, tritt die Umstimmung mehr oder weniger rasch in Erscheinung, ohne dass überhaupt eine Willensbildung vorausgesetzt ist. Dieser psychologische Vorgang stellt sich, gleichsam als höhere Gewalt, ohne Wissen und Wollen des Menschen, ein und beeinflusst so seine rechtlichen Verhältnisse²⁰.

Wenn der Verzeihung tatsächlich die Natur eines iuristischen Ereignisses zukäme, so ergäbe sich daraus die Konsequenz, dass jede Anwendung von rechtsgeschäftlichen Bestimmungen bei der Gewährung der Verzeihung abzulehnen wäre. Einzelne Vertreter dieser Auffassung werden denn auch dieser Konsequenz gerecht, indem sie z. B. die Urteilsfähigkeit nicht als Voraussetzung einer wirksamen Verzeihung betrachten. Auch ein entmündigter Geisteskranker könnte demnach rechtswirksam²¹ verzeihen²². Als weitere Folge würde sich ergeben, dass die einmal gewährte Verzeihung unanfechtbar wäre, selbst wenn sie auf Drohung, Irrtum oder Zwang beruht²³.

Diese unerfreulichen Konsequenzen stellen zwar noch keinen Beweis für die Unrichtigkeit dieser These dar²⁴. Hingegen lässt sich weiterhin einwenden, dass der grosse Unterschied zwischen den iuristischen Ereignissen und der Verzeihung in ihrem m e n s c h l i c h e n

18) Vgl. Rehdans S. 19, Erler S. 120 ff., Planck IV. S. 323, Fischer-Henle zu §§ 532 und 2337, S. 258, Oertmann II. S. 252 zu § 532, Mathias I S. 537, II. S. 312, Davidsohn S. 85 f., Kühlenbeck N. 2 zu § 1570, Staudinger IV. S. 757: "Ihrem hauptsächlich auf sittlichem Gebiet liegenden Wesen entsprechend, wird die Verzeihung nicht als Rechtshandlung, sondern als rein tatsächlicher Vorgang zu erachten sein." Eine Ausnahme bildet Müller S. 27, der sich wohl zur Willens-theorie bekannte, die Verzeihung aber trotzdem als Rechtshandlung bezeichnet.

19) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 20 f.

20) So wie Geburt und Tod z. B. plötzlich auf die Menschen rechtliche Wirkungen ausüben.

21) Vgl. über die Voraussetzungen der Verzeihung, insbes. auf S. 37 ff.

22) Vgl. Planck IV S. 323.

23) Vgl. darüber die ausführlichen Bemerkungen b. Freudenberg S. 20—27. Unsere Ausführungen auf S. 33 ff.

24) Vgl. Kalischer S. 56.

Charakter liegt, während jene durch äussere Umstände, durch höhere Gewalt, bedingt sind²⁵.

IV. Die Verzeihung eine Rechtshandlung?

Unter „Handlung“ versteht man ein menschliches Verhalten, das auf bewusstem Willen beruht²⁶. Rechtshandlungen sind Handlungen, an die sich Rechtswirkungen knüpfen, für deren Eintritt es aber unwesentlich ist, ob sie von den Handelnden gewollt sind²⁷. Wenn also der Verzeihung der Charakter einer Handlung nachgewiesen werden kann, dann lässt sich der Beweis leicht erbringen, dass sie eine Rechtshandlung darstellt.

Bei der Bestimmung des Verzeihungsbegriffes ist, wie wir festgestellt haben, von der Erklärungstheorie auszugehen²⁸, d. h. die iuristische Bedeutung kommt der Äusserung des Versöhnungswillens zu. Diese Äusserung beruht auf dem bewussten Willen des Verzeihenden; sie ist somit eine Handlung. Da zudem die Rechtsordnung an die Verzeihung Rechtswirkungen knüpft, wird sie der oben angeführten Definition einer Rechtshandlung in jeder Weise gerecht. Somit ist zugleich erwiesen, dass die Verzeihung kein iuristisches Ereignis sein kann, da sich dieses ja gerade dadurch von der rechtlich wirksamen Handlung unterscheidet, dass jene keine „Handlungen“ im iuristischen Sinne sind²⁹.

25) Eine treffende Parallele zur Verzeihung lässt sich mit dem Rechtsinstitut der Verlobung ziehen. Diesem kann zweifellos der sittliche Charakter nicht abgesprochen werden, indem es als Folge eines rein seelischen Vorganges, der Liebe, entsteht. Neben dieser sittlichen Wirkung, die sich in der späteren, tatsächlichen Eingehung der Ehe äußert, ruft das Verlöbnis, unabhängig vom Wissen und Willen der Partei, auch Wirkungen rechtlicher Natur hervor, und so wird das Verlöbnis, trotz seines sittlichen Charakters, allgemein als Rechtshandlung angesehen (vgl. Freudenberg S. 28).

26) Vgl. v. Tuhr-Sieghart S. 165 Anm. 1, Hafter I. S. 75 Anm. 3. Über den Begriff der Handlung vgl. auch Binding, „Normen und ihre Übertretungen“ II. S. 45, Eltzbacher S. 81 f., Dernburg, Pandekten I. S. 180 f., Mathias I. S. 168, Regelsberger S. 472, Gareis S. 106 und die auf S. 24 Anm. 5 zit. Autoren.

27) Vgl. Motive I. S. 127, unsere Ausführungen auf S. 25 Anm. 12 Nr. 1. Beispiel: Fund, Verarbeitung als Formen des originären Eigentumserwerbs. Vgl. ZGB Art. 720 ff.

28) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 19 f.

29) Vgl. Nadler S. 60 ff., Kalischer S. 54 ff., Freudenberg S. 15 ff., Katz S. 24 ff., Thurnheer S. 7, Müller S. 22 f., Knus S. 219 ff., Tunica S. 55, 3, Bieler S. 71 ff., Jkovicz S. 92, v. Tuhr „Deutsches Bürgerrecht“ II. 1. Hälfte § 48, 3.

Die Verzeihung ist unter Berücksichtigung ihres sittlichen Charakters³⁰ eine R e c h t s h a n d l u n g. Es lassen sich infolgedessen die Regeln über die Rechtsgeschäfte und die allgemeinen Bestimmungen des OR, soweit diese sinnentsprechend sind³¹, auf dieses Institut anwenden.

Auf diesem Ergebnis werden wir die Betrachtung des folgenden Teils, der rechtlichen Behandlung der Verzeihung, aufbauen.

30) Katz S. 24 gesteht sogar ein, dass der Vorgang der Verzeihung nach der rechtlichen Seite hin nahezu die Grenzlinie, die zwischen Rechtshandlungen und tatsächlichen Ereignissen liegt, streift.

31) Vgl. Art. 7 ZGB, Motive IV. 603, Müller S. 28, Knus S. 220, BGE 61 II 148.

II. TEIL

RECHTLICHE BEHANDLUNG DER VERZEIHUNG

1. ABSCHNITT: VORAUSSETZUNGEN DER VERZEIHUNG

I. Allgemeines

Die Verzeihung ist eine *Rechtshandlung*, und es sind daher die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte und damit die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes¹ auf das Institut der Verzeihung anwendbar², soweit sie ihrem Sinn und Wesen entsprechen³.

A. Begriffliche Voraussetzungen

Damit sich im Innern eines Menschen überhaupt ein Versöhnungswille bilden kann, muss zuerst ein *Zwiespalt* zwischen zwei Personen, welche durch gewisse *sittliche Beziehungen* mitein-

1) Art. 7 ZGB lässt die allgemeinen Bestimmungen des OR über Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse anwenden.

2) Thurnheer S. 103 ff. will auch die Bestimmungen des ZGB über die Anfechtbarkeit der Ehe (Art. 123 bis 126 ZGB) auf die Verzeihung im Ehescheidungsrecht übertragen, da sowohl bei der Trauung als auch bei der Verzeihung der Wille zur Ehe zum Ausdruck komme, nur dass die Trauung eine solche neu begründe, während die Verzeihung eine durch das Recht auf Scheidungsklage anfechtbar gewordene Ehe wieder neu festige. A. M. Knus S. 220 ff., der dagegen, m. E. zutreffend, einwendet, dass diese Bestimmungen allzusehr auf die Eheanfechtung ausgerichtet sind, um auch auf das Institut der Verzeihung angewendet werden zu können. Es sei daher vorteilhafter, die allgemeinen Grundsätze des OR über Anfechtung wegen Willensmängeln heranzuziehen, statt jener Sonderbestimmung.

3) Weder das deutsche BGB, noch das österreichische ABGB, noch der französische CC enthalten spezielle Vorschriften über Rechtshandlungen, vgl. Motive Bd. I S. 127. Sie erklären, dass diejenigen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, deren Anwendung im Einzelfalle von besonderem Belange ist, auch auf die Rechtshandlungen übertragen werden sollen.

ander verbunden sind, entstanden sein⁴. Diesem Zwiespalt muss ein schuldhaftes Verhalten einer der beiden Personen zugrundeliegen. Dieses muss in erster Linie gegen die andere Person gerichtet sein, also nicht etwa gegen die Allgemeinheit, die guten Sitten oder die Rechtsordnung im allgemeinen.

Der Verzeihende muss ferner von diesem Verhalten Kenntnis erlangt haben, denn eine Kränkung kann nur von demjenigen verziehen werden, dem sie widerfahren ist und der sie als eine solche empfunden hat⁵. Sonst kann die Gemütsstimmung, welche für die Verzeihung begriffsnotwendig ist⁶, nicht eintreten. Voraussetzung für eine rechtswirksame Verzeihung ist daher eine genaue Kenntnis der Verfehlung, die dem Verzeihenden erlaubt, die Tat in ihrer ganzen Bedeutung und Tragweite zu ermessen⁷.

Keine Voraussetzung wird hingegen bei der Verzeihung an das Verhalten des Schuldigen geknüpft, so etwa ein Gefühl der Reue, der Scham oder des Bedauerns⁸. Wohl wäre ein solches Verhalten vom Gesichtspunkte der Moral aus zu begrüßen. Es wird auch im grösseren Teil der Fälle vorliegen. Von einer eigentlichen Voraussetzung kann aber deshalb noch nicht die Rede sein. Die Situation wird sicher nicht selten anzutreffen sein, dass ein Ehegatte, der dem andern dermassen zugetan ist, diesem seine Vergehen immer wieder verzeiht, in der Hoffnung, die Ehe doch noch einmal zu retten, ohne dass der schuldige Gatte Reuegefühle an den Tag legt oder gar Besserungsabsichten erkennen lässt⁹.

Der Versöhnungswille und die Äusserung dieses Willens sind nicht als eigentliche Voraussetzungen der Verzeihung

4) Dieser Zweifel wird im Recht der Ehescheidung durch eine schwere Verletzung der ehelichen Pflichten, im Rechte der Erbunwürdigkeit entweder durch Verletzung des Pietätsverhältnisses zwischen Erbe und Erblasser oder durch einen Eingriff in die Testierfreiheit des Erblassers hervorgerufen, vgl. unsere Ausführungen S. 39 ff., 50 f., ebenso Freudenberg S. 5 ff. und die dort zitierten Stellen aus Paulsen, System der Ethik mit einem Umriss der Staats- und Gesellschaftslehre, 4. Aufl. Bd. II, Berlin 1897.

5) Vgl. Urteil des Reichsgerichtes vom 4. 5. 1905. (zit. bei Katz S. 8 A. 1).

6) Vgl. unsere Ausführungen S. 18 f.

7) Vgl. unten S. 44 ff. (Eherecht) und S. 51 f. (Erbrecht), Thurnheer S. 54 und die dort zitierten Gerichtsentscheidungen und Literaturangaben.

8) A. M. Freudenberg S. 8 f. Neben den genannten Voraussetzungen „zeige die verletzende Person Reue, Bedauern oder Beschämung über ihr Verhalten, oder suche sich durch ihr ganzes Tun dem Gekränkten freundlich zu erweisen“.

9) In diesem Sinne auch Karz S. 15 f., der Freudenberg insofern zustimmt, als derartige Reuegefühle einer Verzeihung fast immer vorausgingen. Aus dieser empirischen Tatsache allein aber lässt sich noch keine begriffliche Voraussetzung ableiten.

zu betrachten, da sie selbst den Verzeihungsvorgang und damit den Begriff an sich bilden. Wir verweisen auf deren Behandlung im I. Teil dieser Arbeit¹⁰.

B. Materiellrechtliche Voraussetzungen

a) Freie Entschlussbildung, Ausschluss von Willensmängeln

Der Verzeihende muss in seinem Entschluss, Verzeihung zu gewähren, völlig frei gewesen sein¹¹. Wenn die Willensäußerung dem Willensentschluss nicht entspricht, oder wenn sich die Motive, die zu dem betreffenden Willensentschluss führten, nicht als zutreffend erweisen, dann spricht man von Willensmängeln¹². Beruht die Verzeihung auf einem Willensmangel wie Irrtum, Zwang, Täuschung oder Drohung¹³, so ist sie rechtlich unerheblich¹⁴.

1. Irrtum

Wie jede Rechtshandlung im allgemeinen, wird auch die Verzeihung für den Verzeihenden unverbindlich, wenn sie in einem Irrtum erfolgt ist. Nun ist m. E. der Begriff des Irrtums im Falle der Verzeihung gegenüber dem Verkehrsrecht bedeutend zu erweitern, wo der Schutz des gutgläubigen Dritten eine wesentliche Rolle spielt und die Anerkennung des Motivirrtums im allgemeinen als wesentlich ausschliesst; dies auf Kosten der Verwirklichung des Willens des verfügenden Rechtssubjektes, dessen Interesse hinter die Interessen der Allgemeinheit zurückzutreten hat¹⁵. Anders im Erb- und Familienrecht: Hier bezweckt der Gesetzgeber vor allem Schutz und Verwirklichung des Einzelwillens. Der Verzeihende ist dann nicht an seine Verzeihung gebunden, wenn er bei genauer Kenntnis des tatsächlichen Sachverhaltes und nach verständiger, klarer Würdigung des Falles die Erklärung nicht geäußert hätte¹⁶.

10) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 18 ff.

11) Vgl. BGE 53 II 440.

12) Vgl. über diesen Begriff Guhl S. 98 ff., v. Tuhr-Siegwart S. 267 ff., ZSR 41 S. 267, Endemann Bd. II S. 243, Soergel Bd. I § 116a, Warneyer S. 767.

13) Es finden die Bestimmungen von OR 23 ff. über „Mängel des Vertragsabschlusses“, soweit sie dem Wesen des Verzeihungsbegriffes entsprechen, sinn- gemässe Anwendung.

14) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 46, 52.

15) Vgl. BGE 26 II 410, Bindschedler S. 98, Oser S. 190 f., Tuor ZGB S. 319.

16) Vgl. Nadler S. 70, Müller S. 33 f., Katz S. 60 ff.

Wir können folglich im Erb- und Familienrecht zwei Formen des wesentlichen Irrtums unterscheiden:

aa) Der Gekränkte äussert sich in einer Weise, welcher er selbst gar keinen verzeihenden Charakter beimessen wollte, welcher aber bei objektiver Beurteilung von demjenigen, an den sich die Erklärung richtete, als Verzeihung aufgefasst werden konnte¹⁷. Der Charakter der Äusserung, wie sie vom Adressaten aufgefasst wurde, entspricht also nicht dem Willen des Verletzten. Eine solche Erklärung zieht keine rechtlichen Folgen nach sich¹⁸.

bb) Andererseits können die Äusserungen des Verletzten voll und ganz seinem Willen entsprechen. Er misst dem Inhalt dieselbe Bedeutung zu wie der Kränkende. Er wollte zwar eine Verzeihungserklärung abgeben, befand sich aber im Irrtum über eine bestimmte Tatsache, bei deren Kenntnis er die Verzeihung nicht gewährt hätte¹⁹, die ihn also in seiner Willensbildung beeinflusst hat. Dieser Motivirrtum braucht hier keineswegs qualifiziert zu sein²⁰. Es genügt der Nachweis der *Kausalität*²¹.

Als typisch schweizerisches Gesetzbuch berücksichtigt das ZGB im Privatrecht nach Möglichkeit den Willen des einzelnen Rechtssubjektes. Beruht dieser Wille auf einem Irrtum irgendwelcher Art, so muss der ganze Verzeihungsvorgang als rechtsunwirksam betrachtet werden, denn wenn Wille und Willenserklärung unbewussterweise auseinanderfallen, verliert die Verzeihung ihr spezifisches Moment der Schuldvergebung, weil die Basis dieses Willens mangelhaft ist.

17) Es liegt sog. Erklärungsirrtum vor, vgl. darüber v. Tuhr-Siegwart S. 270 f. und die in Anm. 1 zitierte Literatur.

18) Als Quelle solcher Irrtümer lassen sich z. B. fremde Sprachen (SJZ 32, S. 233), Dialekte oder spezielle Orts- und Sprachgebräuche denken, vgl. z. B. BGE 50 II 229. Auch das soziale Milieu ist bei der Auslegung von Äusserungsformen zu berücksichtigen.

19) Es liegt ein sog. Motivirrtum vor, vgl. OR Art. 24, Guhl S. 99 ff., S. 105 ff., Kalischer S. 78 ff., v. Tuhr-Siegwart I S. 270 ff.

20) Dies im Gegensatz zum Verkehrsrecht, wo der Schutz des gutgläubigen Dritten im wesentlichen die Nichtbeachtung des Motivirrtums erheischt (vgl. aber die Ausnahme von OR Art. 24 Abs. 4: Nur dort, wo der Motivirrtum sich auf Tatsachen bezieht, die vom Rechtssubjekt als notwendige Grundlage seines Handelns betrachtet werden konnten, wird er auch im Verkehrsrecht anerkannt, vgl. auch Guhl S. 99 ff., v. Tuhr-Siegwart I S. 270 ff.).

21) Durch diese stärkere Betonung des Willensmomentes auch im Falle der Verzeihung tragen wir der Grundtendenz des Erb- und Familienrechtes, vor allem den Willen des Einzelnen zur Geltung kommen zu lassen, Rechnung.

Wie verhält es sich nun aber dann, wenn Wille und Willens-
äusserung bewusst auseinanderfallen?

Wir haben hier drei Fälle zu unterscheiden: Die nicht ernst ge-
meinte Erklärung (Scherzerklärung), die Simulation und die Mental-
reservation, von denen das OR jedoch nur den wichtigsten, die Simu-
lation, erwähnt²².

Der nicht ernst gemeinten Verzeihung²³ kann
grundsätzlich keine rechtliche Bedeutung beigemessen
werden.

Eine Ausnahme von dieser Regel wird hingegen dann gegeben sein,
wenn der schuldige Teil die Verzeihungserklärung — infolge beson-
derer Umstände — als ernst gemeint auffassen durfte²⁴, ²⁵.

Ähnlich verhält es sich bei der Simulation²⁶, d. h. bei der zum
Schein erklärten Verzeihung. Sowohl die „verzeihende“ als auch die
schuldige Person sind sich darüber einig, dass die Verzeihung nicht
gelten, sondern lediglich gegenüber Dritten einen Anschein erwek-
ken soll²⁷. Eine solche simulierte Verzeihung ist ungültig, da ihr das
begriffsnotwendige Moment des Willens zur Versöhnung abgeht²⁸.

Auch bei der sog. Mentalreservation²⁹ liegt eine bewusste
Divergenz zwischen Wille und Willensäusserung vor. Der Verzei-
hende behält sich im geheimen³⁰ vor, den Inhalt seiner Erklärung nicht

22) Vgl. Art. 18 OR.

23) Vgl. auch § 118 BGB: „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung,
die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht
erkannt werden, ist nichtig.“

24) Vgl. Oser-Schönenberger zu Art. 16 und 18.

25) Vgl. RGE vom 1. 5. 1905, zitiert bei Thurnheer S. 68 Anm. 2: Ein
Gatte hatte Zeichen der Versöhnung geäussert ohne entsprechende innere Gesin-
nung. Die Ehefrau, welche die Erklärung ernst genommen hatte, berief sich im
Scheidungsprozess darauf. Die Klage wurde abgewiesen.

26) Vgl. § 117 BGB: „Wird eine Willenserklärung, die einem andern ge-
genüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so
ist sie nichtig.“

27) Vgl. über den Begriff der Simulation v. Tuhr-Sieewart I S. 264 ff.

28) Vgl. Thurnheer S. 68 f. und unten II B c, und das in A. 1 zit. Bei-
spiel am Ende des ersten Abschnitts (unsere Ausf. S. 46, 52).

29) Guhl S. 100, v. Tuhr-Sieewart I S. 263, Oser-Schönenberger Art. 18
Nr. 15.

30) Z. B. durch entsprechende Äusserung gegenüber Dritten oder durch
schriftliche Niederlegung.

zu wollen. Ein solcher geheimer Vorbehalt ist rechtlich irrelevant³¹, ³². Der Erklärende muss die von ihm abgegebene Äusserung gegen sich gelten lassen, da sich niemand auf sein arglistiges Verhalten berufen kann³³. Anders liegt jedoch der Fall, wenn das ganze Verhalten der Erklärenden eindeutig den Schluss zulässt, dass keine Verzeihung stattgefunden hat. Hier darf trotz der Erklärung keine Verzeihung angenommen werden.

2. Absichtliche Täuschung³⁴

Darunter versteht man ein Verhalten, durch welches beim Verletzten eine falsche Vorstellung hervorruft, bestärkt oder bestehen lässt, um diesen zur Abgabe einer Verzeihungserklärung zu veranlassen³⁵. Es ist offensichtlich, dass eine unter derartigen Umständen gewährte Verzeihung jeder rechtlichen Bedeutung entbehrt, umso mehr als schon der nicht absichtlich hervorgerufene Irrtum diese Wirkung zeitigt³⁵.

3. Drohung und Zwang³⁶

Bei Drohung oder Zwang besteht der Willensmangel darin, dass der Bedrohte durch Furchterregung oder physische Beeinflussung zur Abgabe der Willenserklärung veranlasst wird.

Auch bei einer derartigen Erklärung kann nicht von einer Verzeihung gesprochen werden, da kein Versöhnungswille vorliegt.

31) Vgl. BGB § 116, v. Tuhr-Siegwart I S. 263: „Dies ist ein zwingendes Postulat der Rechtsordnung, auf welchem die Sicherheit des rechtlichen Verkehrs und das Vertrauen auf das gegebene Wort beruht.“

32) Schon im römischen Recht war im Falle der *reservatio mentalis* die blosser Erklärung wirksam, da der geheime Vorbehalt als gegen die *bonae mores* verstossend bedeutungslos war, vgl. Savigny Bd. III S. 258 f., Windscheid, Pandekten Bd. I S. 324.

33) Vgl. Katz S. 31, Kalischer S. 76, Endemann Bd. II S. 243 Anm. 33, Müller S. 34, Hirschberg S. 71 f., Knus S. 222, Erler S. 301, Nadler S. 69.

34) Art. 28 OR spricht von absichtlicher Täuschung und vermeidet den im aOR Art. 24 gebrauchten Ausdruck „Betrug“, um anzudeuten, „dass der zivilrechtliche Begriff der Täuschung sich nicht in allen Punkten mit dem strafrechtlichen Tatbestand des Betruges deckt.“ Vgl. v. Tuhr-Siegwart I S. 284 I.

35) Vgl. v. Tuhr-Siegwart I S. 284, Guhl S. 111 ff. über den Begriff der Täuschung. Es handelt sich hier m. a. W. um die absichtliche Herbeiführung eines Irrtums. Der Willensmangel besteht in der Beeinträchtigung des Getäuschten, seinen Willensentschluss frei zu fassen.

35) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 33 f.

36) OR 29 f., v. Tuhr-Siegwart S. 288 f., Guhl S. 13 f.

Die erste Phase im Vorgang der Verzeihung fehlt³⁷. Diese ist folglich per definitionem ausgeschlossen.

b) Urteilsfähigkeit

„Urteilsfähig im Sinne des Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters³⁸ oder infolge von Geisteskrankheit, Geisteschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln³⁹. Derjenige, dem diese Urteilsfähigkeit nicht zusteht, vermag seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen⁴⁰ herbeizuführen“⁴¹.

Dies bedeutet nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichtes, dass diejenigen Personen nicht rechtsgültig verzeihen können, denen im konkreten Falle die Fähigkeit mangelt, sich über die Tragweite und Opportunität des in Frage stehenden Aktes ein vernünftiges Urteil⁴² zu bilden und gemäss dieser Einsicht zu handeln⁴³. Massgebend ist dabei die Urteilsfähigkeit zur Zeit und hinsichtlich der betreffenden Handlung. Einer Verzeihung eines Geisteskranken, der im Zeitpunkt der Verzeihung einen lichten Moment⁴⁴ (sog. lucida intervalla) hat, kommt volle Gültigkeit zu, da der Zustand der Urteilsunfähigkeit kein andauernder sein muss. Wer sich aber auf

37) Vgl. auf S. 18 ff. dieser Arbeit. Kalischer S. 81.

38) Im Gegensatz zu anderen Gesetzbüchern hat das ZGB von einer genaueren Begrenzung dieses „Kindesalters“ abgesehen. Massgebend sind viel eher die einzelnen Umstände. Art und Entwicklungsgrad. Immerhin mag die Grenze ungefähr bei 7 Jahren liegen. Vgl. Tuor ZGB S. 61.

39) ZGB Art. 16.

40) Das Reichsgericht hat in einem neueren Entscheid dahin entschieden, dass auch eine Verzeihung, welche in einem Zustand starker Gemütsregung, „seelischen Krankheit“ — der Verzeihende kämpfte an der Front — gewährt wurde, rechtsunverbindlich sei, s. RGE Bd. 169 S. 202.

41) ZGB Art. 18. Über den Begriff der Urteilsfähigkeit vgl. Praxis BGer. 1951 S. 148 f., 381 f. und dort zit. BGE. Dukor S. 22 f., über das Requisit der Urteilsfähigkeit vgl. Dukor S. 48 ff.

42) Der Betreffende kann auf irgend eine Art des Vernunftgebrauches beraubt sein, sei es infolge Schizophrenie, Fieberzustände, Trunkenheit, Hypnose, Narkose etc., vgl. Escher S. 503, Staudinger S. 1000, Tuor S. 59, Tuor Komm. S. 491, Binswanger-Simmerling, Psychiatrie S. 87 ff.

43) Vgl. BGE 74 II 205, 77 II 105, 78 II 102, Praxis 1949 Nr. 82 S. 246.

44) Vgl. BGE 44 II 449, 74 II 205, 72 II 202. Über das Problem der lucida intervalla, der periodischen Psychose, vgl. Dukor S. 97 ff., A. Lutz, Problem der Urteilsfähigkeit, Diss. Zürich 1927, P. Jaeger, Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen, Diss. Zürich 1946, S. 13 ff., Escher S. 503, Curti S. 443, Dukor S. 41, Crome S. 189, Planck S. 963.

eine, in einem derartigen Zustand gewährte Verzeihung beruft, muss vor dem Richter beweisen⁴⁵, dass der Verzeihende in jenem Zeitpunkt urteilsfähig war. Nach Art. 16 ZGB bildet die Urteilsfähigkeit die Regel. Der Beweis ihres Fehlens ist aber an keine besonderen Vorschriften gebunden. Schon sehr hohe Wahrscheinlichkeit, die jeden erheblichen Zweifel ausschliesst, bietet genügende Sicherheit⁴⁶.

Es gilt allgemein der Satz: Urteilsunfähigkeit = Verzeihungsunfähigkeit⁴⁷. Diese Theorie soll auch auf die wegen Geisteskrankheit Entmündigten Anwendung finden⁴⁸.

Es schliesst sich noch die Frage an, ob die Verzeihung von der Zustimmung des Vormundes abhängig gemacht werden darf. Angesichts des höchstpersönlichen Charakters, welcher der Verzeihung innewohnt, muss diese Frage verneint werden⁴⁹. Ein Dritter kann unmöglich beurteilen, wie tief eine bestimmte Handlungsweise den Betroffenen gekränkt hat⁵⁰, folglich kann er auch keine Verzeihungserklärung für den nichturteilsfähigen Geisteskranken abgeben.

45) Vgl. ZGB Art. 8. „Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.“

46) Praxis 1949 Nr. 82 S. 246, BGE 74 II 205.

47) Gl. M. Erler S. 122, Davidsohn S. 87, Endemann S. 242, Anm. 33, Kühlenbeck S. 189.

A. M. Bieler S. 73; er bestreitet diese Ansicht mit einem Beispiel: die Ehefrau begeht Ehebruch, der Ehemann ist geisteskrank, indem er von der Idee besessen ist, er sei ein Fürst und verlangt auf der Strasse entsprechende Ehrbezeugungen. Dies ist das einzige Merkmal, das nach aussen in Erscheinung tritt. Zuhause benimmt er sich, abgesehen von dieser Wahnidee, vollkommen normal. Es sei, sagt Bieler, nicht einzusehen, warum solchen Kranken das Recht zur Verzeihung nicht schlechthin eingeräumt werden könne. Ebenso Thurnheer S. 51 f., Huber, Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung Juni 1905 S. 538/39.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass diese Wahnideen Ausdruck schwerer Schizophrenie sind, die auf das ganze Denken und Handeln übergreifen. Wenn also nicht einwandfrei ein momentum lucidum bewiesen werden kann, darf man allen diesen Personen keine rechtsgültige Verzeihung zumuten. (Binswanger-Siemering S. 87 ff., 244 f.)

48) Vgl. die eingehenden Ausführungen darüber bei Freudenberg S. 32/33 Anm. 3, Kalischer S. 70, Bindschedler S. 144.

49) Genau wie der Scheidungsanspruch, so steht dem Ehegatten (vgl. später) auch das Recht auf Erklärung der Verzeihung nur höchstpersönlich zu. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 44.

50) Vgl. Freudenberg S. 33, Nadler S. 67, Thurnheer S. 52, Planck S. 67, Müller S. 61.

A. M. ist einzig Endemann II S. 242, wonach der Vormund für den Geschäftsunfähigen verzeihen kann, obschon er der Verzeihung den Charakter eines höchstpersönlichen Aktes beimisst, S. 243, was m. E. inkonsequent ist und sich nicht vereinen lässt.

Sie muss vom Verzeihenden selbst stammen⁵¹. Die Verzeihung eines Urteilsfähigen ist deshalb sowohl im Falle, wo dieser selber verzeiht, als auch im Falle, wo sein Vormund die Verzeihungserklärung für ihn abgibt, *unwirksam*⁵².

II. Im Rechte der Ehescheidung

Das schweizerische ZGB kennt fünf Tatbestände⁵³, bei deren Vorliegen auf Antrag des Klageberechtigten die Ehescheidung ausgesprochen wird: a. Ein allgemeiner, ein sog. *genereller Scheidungsgrund*⁵⁴, der eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses voraussetzt, wobei es im Ermessen des Richters liegt, zu entscheiden, ob in casu concreto die Ehe in ihren Fundamenten erschüttert ist. Der umfassende Spielraum, der dem Richter auf Grund dieser *clausula* eingeräumt wird, ist offensichtlich. b. Daneben nennt das Gesetz noch vier besondere, sog. *spezielle Ehescheidungsgründe*, so den Ehebruch, Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung oder Ehrenkränkung, Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel, böswillige Verlassung und Geisteskrankheit.

Nicht bei allen diesen Scheidungsgründen kommt jedoch der Verzeihung klageausschliessende Wirkung zu. Das Gesetz spricht von ihr ausdrücklich nur beim Ehebruch⁵⁵ und bei der Nachstellung nach dem Leben, der schweren Misshandlung und der schweren Ehrenkränkung^{56, 57}.

51) Lienert S. 47, BGE 53 II 440.

52) Vgl. BGE 78 II 101.

53) Vgl. die Ehescheidungsgründe, in ZGB 137—142 abschliessend aufgezählt.

54) Vgl. Held, Der generelle Ehescheidungsgrund, Diss. Zürich 1918, S. 62 ff. und S. 74 ff.

55) Vgl. Art. 137 Abs. 3 ZGB.

56) Art. 138 Abs. 3 ZGB.

57) Damit ist aber noch nicht ausgeschlossen, dass die Verzeihung eventuell auch bei den übrigen Scheidungsgründen zu berücksichtigen ist, vgl. unsere Ausführungen auf S. 81 ff.; ferner Weiss, Sammlungen 1922/27 Bd. I S. 381, Aarg. VJSchrift 26 Nr. 1, SJZ 23 Nr. 68, BlZR 43 Nr. 189.

a) Der Begriff des Ehebruchs

Das Gesetz definiert den Tatbestand des Ehebruchs nicht; das Bundesgericht⁵⁸ versteht darunter den strafrechtlichen Begriff, d. h. jeden Beischlaf eines Ehegatten mit einer dritten Person anderen Geschlechtes⁵⁹. Der Geschlechtsakt muss also vollzogen worden sein; unzüchtige Vertraulichkeiten und Berührungen erfüllen den Tatbestand so wenig wie Vorbereitungshandlungen und Versuch⁶⁰. Die Verbrechen der widernatürlichen Unzucht ergeben keinen Anspruch auf Ehescheidung auf Grund des Art. 137, wohl aber aus Art. 139 oder 142⁶².

Ehebruch liegt nur dann vor, wenn eine rechtsgültige Ehe gebrochen wird⁶³. Die Treuepflicht besteht bis zum Tode, bis zur Verschollenerklärung oder Scheidung, also auch noch während des Scheidungsprozesses⁶⁴.

Der Ehebruch muss ferner bösgläubig begangen worden sein. Eine aus irgend einem Grunde ihrer Urteilsfähigkeit beraubte Person kann ebenso wenig den Tatbestand des Art. 137 erfüllen, wie die genotzüchtigte oder wie diejenige, die fahrlässigerweise einen Beischlaf für

58) Vgl. BGE 25 II 761, BIZR 43, 108.

59) Für genaue Erfordernisse an den Tatbestand vgl. Dalloz, Répertoire de législation, de doctrine, de jurisprudence, Adultère, pag. 338, Keller-Abramski S. 19 ff., Manfred Cohn, Das Problem der Bestrafung des Ehebruchs, Breslau 1916, S. 31 ff., v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1914 S. 392, Obermann, Der Ehebruch im Strafrecht, Diss. Würzburg 1914 S. 35, A. Müller, Der Ehebruch im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1933 S. 16 ff., H. Bennecke, Die strafrechtliche Lehre vom Ehebruch, Marburg 1884, Hafter, Bes. Teil 2. Hälfte S. 422, Binding S. 220: „Ehebruch ist die vorsätzliche Verletzung der ehelichen Treuepflicht eines Ehegatten durch seine geschlechtliche Vereinigung mit einer Drittperson anderen Geschlechts.“ Grube S. 20 ff.

60) Vgl. Egger Komm. zum ZGB 2. Aufl. zu Art. 137 N 20, SJK Blatt 509 von A. Wuarin, Briner S. 53, Curti S. 2 zu Art. 137, Gmür zu Art. 137 N 14, Knus S. 13 f.

61) Stoos Carl, Lehrbuch des österr. Strafrechts, Wien-Leipzig 1913 S. 406, Curti 2 zu 137, v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 564, Binding S. 220, SJK Bl. 509, S. 2 lit. b.

62) Entehrendes Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel bzw. Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses.

63) Vgl. Davidsohn S. 22, Müser S. 23, Planck IV zu § 1565, Staudinger IV. Bd. 1. Teil zu § 1565, Briner S. 55, 138, v. Liszt-Schmidt S. 573, Grube S. 22, Hinderling S. 46 ff.

64) ZGB 132 II, Knus S. 6 ff., JT 1922 I 2. Vgl. S. 97.

einen ehelichen hielt⁶⁵. In allen diesen Fällen geht der schuldigen Person der ehebrecherische Wille ab⁶⁶.

Damit der Scheidungsgrund des Ehebruchs geltend gemacht werden kann, ist dieser zu beweisen, und zwar wird er in der Mehrzahl der Fälle aus schlüssigen Umständen⁶⁷ herzuleiten sein⁶⁸. Der Richter ist dabei nicht an die Erklärungen der Parteien gebunden; er hat sich selbst von der Richtigkeit der Behauptung zu überzeugen⁶⁹.

b) Nachstellung nach dem Leben und schwere Misshandlung oder Ehrenkränkung

aa) Unter Nachstellung nach dem Leben versteht man die vorsätzlich begangenen Handlungen des einen Ehegatten, die gegen das Leben des andern gerichtet sind⁷¹. Die Tötungsabsicht muss durch eine verbrecherische Handlung zum Ausdruck kommen. Drohungen gegen das Leben fallen nicht unter diesen Begriff, wohl aber Totschlagsversuch und Versuch mit untauglichen Mitteln⁷².

65) Vgl. Cohn S. 32, der in Anm. 4 betont, dass dieser Fall, so unwahrscheinlich er klingen mag, in der Praxis gar nicht so selten vorkommt. Pfeil S. 52.

66) Dernburg IV. Bd. Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Halle a. S. 1903 S. 78, Curti 3 zu Art. 137, BGE 57 II 243 f., JT 1932 I 603, Müser S. 25.

67) Das kanonische Recht prägte als Beispiel einer solchen Vermutung die ironische Sentenz: Si unus cum una solus cum sola in uno lectu invenientur, non solent orare paternoster, zit. bei Knus S. 19 Anm. 38.

68) BGE 25 II 760 f., 3 S. 386, SemJud 53, 353, JT 38 129, ZbJV 35, 470, 48, 750, Curti 3 zu 137.

69) Für Eheungültigkeits-, Ehetrennungs- und Ehescheidungsprozesse ist der Tatbestand nach dem Grundsatz der Officialmaxime zu ermitteln. Dies bedeutet, dass die Sammlung des Prozessmaterials neben den Parteien auch dem Gericht obliegt. So kann das Gericht auch Tatsachen berücksichtigen, die von keiner Partei behauptet wurden. Andererseits darf es seinem Urteil nur solche Tatsachen zu Grunde legen, von deren Vorhandensein es sich selbst überzeugt hat. Vgl. Guldener I S. 118 ff., II S. 409, Egger 4 zu Art. 158 ZGB, Zürcherische Zivilprozessordnung § 98 Abs. 2, § 256. Regelung in den übrigen Kantonen der Schweiz vgl. Guldener I S. 120 Anm. 8, unsere Ausführungen auf S. 98 ff.

70) Über den Begriff vgl. Bericht des Obergerichtes des Kantons Solothurn 1947 S. 94, SemJud 1950 S. 100 ff., SJK Bl. 590, Hinderling S. 57 ff.

71) Vgl. Gmür 2 zu Art. 138 ZGB.

72) BGE 30 II 13, SJZ 15, 133, Egger 3 zu Art. 138. Müser 33 („ohne Rücksicht auf den Erfolg“), Davidsohn S. 29, Briner S. 59, Curti 3 zu Art. 138 („Die Absicht muss sich in Handlungen geäußert haben“), Heinsheimer S. 44 f. („Gedanken müssen erkennbar in Erscheinung treten“).

Die Nachstellung ist sowohl ein Kommissiv- als auch ein Omissivdelikt; sie kann also durch ein Tun oder ein Unterlassen begangen werden⁷³.

bb) Die schwere Misshandlung ist eine vorsätzliche Verletzung der körperlichen Integrität, welche eine Körperverletzung oder eine Schädigung der Gesundheit zur Folge hat⁷⁴. So können Nahrungsentzug, Ansteckung mit Krankheiten, geschlechtliche Exzesse ebenfalls unter diesen Tatbestand subsumiert werden⁷⁵. Die schwere Misshandlung kann in einer einzigen Gewalttätigkeit oder auch in mehreren leichteren Tötlichkeiten bestehen⁷⁶.

cc) Unter einer schweren Ehrenkränkung versteht man den rechtswidrigen bewussten Angriff auf die sittliche Persönlichkeit des anderen Gatten durch Beleidigungen, Beschimpfungen oder ähnliches Verhalten⁷⁷. Sie muss den Beleidigten derart treffen, dass seine Achtung und Geltung vor der Umwelt⁷⁸ angegriffen wird, und zwar nicht nur durch Schimpfworte, sondern mittelst in höchstem Masse entwürdigender Anschuldigungen, wie Blutschande, Unzucht und dergleichen. Die Anschuldigungen müssen freilich ungerechtfertigt sein⁷⁹. Hat der Beleidigte durch sein Verhalten dazu Anlass gegeben, kann er sich nicht auf diese Bestimmung berufen.

Im Gegensatz zu den oben erwähnten Scheidungsgründen muss der Richter untersuchen, ob die Ehrenkränkung als eine solche empfunden wurde und eine derartige Abneigung des Beleidigten zur

73) Vgl. SJK Bl. 510 S. 1.

Gmür zu Art. 138, 2, SJK Bl. 510, vgl. Heinsheimer S. 46, Davidsohn S. 29, Entwurf zum eidgenössischen Strafgesetzbuch von 1918 Art. 112.

74) BlZR 40, 779. Man darf diesen Grund jedoch nicht schon bei jeder unsanften Berührung heranziehen, vgl. BGE 10, 110.

A. M. Egger zu Art. 138, 2, Davidsohn S. 66, BGE 30 II 13, Heinsheimer S. 85, Müser S. 71, Briner S. 60 f., Curti 4 zu Art. 138, Erler S. 296.

75) Gmür Art. 138, 3.

76) BGE 3, 387.

77) Vgl. Gmür 9 zu Art. 138 ZGB, Egger 5 zu Art. 138 ZGB. (Der Ehegatte lässt den anderen auf unbegründeten Verdacht hin durch Detektive überwachen oder erstattet in leichtfertiger Weise Strafanzeige.)

78) BGE 55 II 162, 29 II 600 f., BlZR 30, 118, 19, 179, 38 II 31, 35 II 402. BGE 15, 759. SemJud 35, 514, 37, 402, SJZ 3, 288; 15, 134, 19, 17.

79) Curti 5 zu Art. 138, BGE 55 II 163, Briner S. 62 f., SemJud 13, 241, 34, 760, JT 53, 392, SemJud 34, 706, 24, 8. BGE 31 II 385; 4, 169; 29 II 601. BlZR 30, 118, JT 48, 111, 57 620, Endemann S. 253. SJZ 9, 307: (Öffentliche Anschuldigungen des Ehegatten an seine Frau, die er mit Hure, Dirne etc. bezeichnet.)

Folge hat, dass ihm eine Beibehaltung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf^{80, 81}.

In allen diesen Fällen hat das Gesetz der Verzeihung die Wirkung⁸² eines Klageausschlussgrundes verliehen. Die Verzeihung setzt im Ehescheidungsrecht also ein schuldhaftes Verhalten des einen Ehegatten voraus, und zwar im oben beschriebenen Ausmass. Natürlich kann sie auch bei geringfügigeren Vergehen gegen die eheliche Gemeinschaft Platz greifen, nur kommt ihr in diesem Fall eine rein interne Wirkung zu. Um rechtliche Bedeutung zu erlangen, muss aber materiell-rechtlich der Tatbestand der Scheidungsgründe der Art. 137 und 138 ZGB erfüllt sein, während formell-rechtlich der Betroffene klageberechtigt ist.

Diese beiden absoluten Scheidungsgründe der Art. 137 und 138 ZGB verleihen dem anderen Ehepartner eo ipso das Recht auf Scheidung. Eine Schuldkompensation ist ausgeschlossen⁸³. Der Ehegatte A mag also noch so zahlreiche Verfehlungen des Gatten B verzeihen haben; wenn er nachher nur ein einziges Mal e i n e n der im Gesetz in Art. 137 oder 138 genannten Tatbestände sich zu Schulden kommen lässt, so steht dem Gatten B das Recht zu, auf Scheidung zu klagen⁸⁴. Sogar das Mitverschulden des andern Ehegatten, welches etwa in der Anstiftung oder in der Vornahme von Vorbereitungs-handlungen zu dem betreffenden Vergehen bestehen kann, entschuldigt den fehlenden Gatten nicht⁸⁵. Denn darin besteht gerade das Wesen der absoluten Scheidungsgründe: der Gesetzgeber präsumiert bei ihrem Vorliegen eine derartige Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, dass der Richter eine Scheidung auf Grund der Klage des betroffenen Gatten⁸⁶ auszusprechen hat, selbst wenn diesen persönlich ein noch grösseres Verschulden trifft, oder wenn die Schuld des Ehebrechers entschuldbar erscheint⁸⁷.

80) BGE 10, 543, 21, 766. Vgl. auch die ausführlichen Erfordernisse an die Ehrenkränkung in den Kommentaren von Egger und Gmür zu Art. 138, 3 ff. bzw. 8 ff. und die darin zitierten bundesgerichtlichen Urteile.

81) Vgl. über diese Scheidungsgründe speziell die Dissertationen von Briner, Grube, Held, Müser, Pfeil, Lienert, Knus.

A. Picot, Quelques considérations sur le divorce.

82) Siehe unsere Ausführungen auf S. 77 ff.

83) Lienert S. 68.

84) A. M. R. May, Ehescheidungspsychologie und Ehekunde, in: Preussische Jahrbücher 1918, S. 319.

85) Lienert S. 69.

86) BGE 57 II 243.

87) Vgl. Lienert S. 66 f.

B. In der Person des Verzeihenden

a) Urteilsfähigkeit und Wille

Wie wir oben⁸⁸ festgestellt haben, ist die Urteilsfähigkeit des Verzeihenden Voraussetzung für eine rechtsgültige Verzeihung. Genau wie das Recht, Scheidungsklage zu erheben, steht dem Gatten auch das Recht auf Verzeihung um seiner Persönlichkeit willen zu, also auch entmündigten Urteilsfähigen. Auf Grund dieses höchstpersönlichen Charakters ist der gesetzliche Vertreter nicht befugt, an Stelle seines Mündels zu verzeihen⁸⁹, ⁹⁰, da es des persönlichen Willensentschlusses des Ehegatten bedarf, um eine Ehe zu schliessen oder deren Trennung oder Scheidung zu verlangen⁹¹.

b) Genaue und überzeugende Kenntnis des Tatbestandes

Eine unumgängliche Voraussetzung der Verzeihung bildet ferner eine genaue Kenntnis der Schuld des sich verfehlenden Ehegatten⁹². Das will nicht bedeuten, dass dem Verzeihenden alle Einzelheiten und Umstände der begangenen Pflichtverletzung bekannt sein müssen; wesentlich ist, dass er die Tragweite der Verfehlung für das künftige Eheleben voll ermessen kann⁹³.

88) Vgl. die Ausführungen auf S. 37 ff.

89) A. M. Appellationshof des Kt. Bern im Entscheid vom 5. 10. 1929, zit. ZbJV 66 S. 514 = SJZ 26 S. 286 Nr. 55 („sonst wäre der Entmündigte mitunter skandalösen Verletzungen seiner Persönlichkeit ausgesetzt“); ebenso Rossel und Mentha, *Droit Civil* 1 Nr. 386 S. 251.

90) Gl. M. Gmür, Vorbemerkungen zu Art. 137 ff. N. 15, 15a und Art. 144 N. 8; Egger Art. 19 N. 10, Art. 143 N. 5. *Praxis des Bundesgerichts* 1942 und hier zit. auf S. 288 A. BGE 41 II 56 = Pr. 4 Nr. 190; BGE 44 II 211, 51 II 541 = Pr. 15 Nr. 2. „Die höchst persönliche Natur der in Frage stehenden Rechte ist anzuerkennen und gibt den Ausschlag. Ohne Willensentschluss des Ehegatten darf eine Scheidung oder Trennung auf seinen Namen nicht begehrt werden, auch dann nicht, wenn der betreffende Ehegatte in der Frage der Gestaltung seiner Ehe urteilsunfähig ist und einen massgebenden Entschluss solcher Art gar nicht fassen kann.“

91) *Praxis* 1942 Nr. 105. BGE 76 IV 143, 77 II 9 f., 12 f., 78 II 101. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 38 f.

92) „La réconciliation ne peut faire disparaître que des griefs qui étaient connus de l'époux au moment où elle s'est opérée (C. Demolombe p. 80 Nr. 73 und dort zit. *Gerichtssentscheide*).“

93) Endemann, S. 242. „Die für das Scheidungsrecht wesentlichen Merkmale müssen dem Verzeihenden bekannt sein.“ „Staudinger, 3a zu § 1570 BGB. *Turica* S. 56, 6 und die dort zit. Entscheide des Obersten Landesgerichts Bayern. Vgl. *ERG* Bd. 154, S. 253 und Bd. 155, S. 292 ff., Lüttert S. 222, *Zachariae* S. 105. A. M. *Fischer-Henle* 3 zu § 1570 BGB.

a) So steht dem Ehegatten, der seiner Gattin den fortgesetzten Ehebruch mit einem bestimmten Dritten verziehen hat, dennoch ein neuer Scheidungsanspruch zu, wenn er erfährt, dass sich seine Gattin gewerbsmässige Unzucht zuschulden kommen liess. Die Verzeihung erstreckt sich nicht auch auf diese besonders schwere Verletzung, von der der Ehegatte keine Kenntnis hatte⁹⁴. Erfährt also der Verzeihende erst nachträglich nähere Umstände der Verfehlungen, so ist eine Verzeihung unwirksam, wenn sie bei deren Kenntnis nicht gewährt worden wäre⁹⁵. Dies gilt besonders dann, wenn sie einen höheren Grad moralischer Verwerflichkeit als im oben angeführten Fall beweisen.

b) Immerhin scheint mir zur Verzeihung in den Fällen des Art. 138 ZGB eine weniger genaue Kenntnis des Tatbestandes notwendig als bei Art. 137 ZGB. So wird der Ehegatte, der eine Lebensnachstellung verziehen hat, weit weniger beeindruckt und überrascht sein, wenn er nachträglich von weiteren Nachstellungen der gleichen Art erfährt, als derjenige, der einen Ehebruch verziehen hat und dem nachher noch deren mehrere zur Kenntnis gebracht werden. Im ersten Fall ist daher anzunehmen, dass sich sein Versöhnungswille auch auf die anderen Nachstellungen erstreckt, da er die Gesinnung als solche verziehen hat, und diese äussert sich schon in einem Verhalten mit grosser Deutlichkeit. Mehrere Ehebrüche mit verschiedenen Personen hingegen zeugen von einer viel verwerflicheren Gesinnung als eine einmalige Entgleisung.

Bei der schweren Misshandlung und Ehrenkränkung ist diese Unterscheidung von weit geringerer Bedeutung, da dem verletzten Ehegatten kaum ein wesentliches Verschulden unbekannt sein kann; dies widerspräche dem Wesen dieser Scheidungsgründe.

Die Kenntnis der Verfehlungen muss endlich auch eine glaubwürdige und überzeugende sein. Sie muss sich, wenn schon nicht auf eigene Beobachtung und Erfahrung, so doch auf Quellen stützen, die von vernünftigen Menschen als glaubwürdig betrachtet werden dürfen⁹⁶.

94) BGE 50 II 323 f. 38 II 30. Erler S. 124, Davidsohn S. 89, Freudenberg S. 55 und dort zitierte Beispiele in Anm. 2, Müser S. 123, Thurnheer S. 54, Planck Bd. 4, S. 398.

95) Knus S. 207. Hat der schuldige Ehegatte sein Verhalten in milderem Lichte dargestellt und erfährt der andere nach der Verzeihung den wahren Sachverhalt, so ist das Scheidungsrecht des letzteren durch die Verzeihung nicht untergegangen. SemJud 39, 571.

96) Freudenberg S. 55, Kalischer S. 35. Thurnheer S. 554 argumentiert dazu

c) Berücksichtigung von Willensmängeln

Wie wir auf S. 29 gesehen haben, finden die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts, soweit sie passen, Anwendung; die Verzeihung verliert also ganz allgemein ihre Wirkung als Klageausschlussgrund, wenn sie mit einem Willensmangel behaftet ist.

So ist Simulation⁹⁷ nur dem tatsächlichen Willen der Ehegatten Bedeutung beizumessen, nicht aber vorgetäuschem Verhalten oder nicht ernst gemeinten Erklärungen. Sind die auf Grund von Art. 137 oder 138 ZGB vollständig entzweiten Ehegatten übereingekommen, ihre wahren gegenseitigen Beziehungen im Interesse der Kinder vor der Aussenwelt geheimzuhalten, so kann ihre scheinbare Einigkeit nicht als Verzeihung ausgelegt werden, da der innere Wille dem äusseren Verhalten nicht entspricht.

OR 18 kann also zweifellos auf die Verzeihung übertragen werden, wonach der übereinstimmende *wirkliche* Wille zu beachten ist und nicht die Ausdrucksweise, die von den Parteien in der Absicht gebraucht wird, ihre wahren Beziehungen zu verbergen⁹⁸.

Ebensowenig kann ein Verhalten eines Ehegatten berücksichtigt werden, der feststellbar rechtsgültig verziehen hat und nun durch Worte und Handlungen vorzugeben versucht, er habe nie verziehen. Seine Verzeihung konnte einwandfrei festgestellt werden. Sie ist damit rechtsgültig⁹⁹.

zutreffend: „Man kann vom Gatten nicht verlangen, dass er wegen eines unglaublichen Gerüchtes sein Benehmen sei einrichte, dass, falls dieses Gerücht Wirklichkeit wird, man ihm nicht Verzeihung entgegen halten könne.“ Auch Koch Koch Bd. 3 zu § 721: „Nicht jede Ohrenbläserei, auf welche ein kluger Mann kein Gewicht legt, darf ihm später, wenn er doch zur Überzeugung und den nötigen Überführungsmitteln gelangt, als Beweis stillschweigenden Verzeihens entgegengesetzt werden.“ Bieler S. 41.

97) Art. 18 OR: Beide Parteien wollen die übereinstimmende Willensäusserung, jedoch bewusst und mit voller Absicht nicht deren Inhalt. Guhl S. 101 f.

98) Katz S. 60 f., Kalischer S. 77.

99) Dass auch die Mentalreservation keine Berücksichtigung findet, habe ich auf S. 35 dargelegt. Dieser Fall kann in folgender Weise praktisch werden: Ein Ehegatte äussert sich eindeutig dahin, dass er dem fehlenden verziehen habe, insgeheim behält er sich vor, das Erklärte nicht zu wollen. Der Vorteil im Moment ist aber grösser, wenn er die Verzeihung gewährt. Vor Gericht führt er dann an, er habe die Verzeihung aus Furcht vor neuen Misshandlungen gewährt. Einem derartigen Einwand kann keine Bedeutung beigemessen werden. Die gegen ihn selbst gerichtete Erklärung muss im Interesse der Rechtssicherheit Geltung finden. Vgl. Erler S. 301, Staudinger 3b zu § 1570 BGB, Davidsohn S. 90. Im übrigen sei auf die Ausführungen auf S. 33 verwiesen.

III. Im Rechte der Erbunwürdigkeit

Neben dem Recht der Ehescheidung misst das Gesetz der Verzeihung auch im Recht der Erbunwürdigkeit rechtliche Bedeutung bei¹⁰⁰.

*A. Begriff der Erbunwürdigkeit*¹⁰¹

Unter „Erbunwürdigkeit“ versteht man die ipso iure eintretende Unfähigkeit einer Person gegenüber einem bestimmten Erblasser, aus dessen Nachlass erbrechtlich zu erwerben. Dem Erbunwürdigen bleibt also nicht nur der auf Grund des gesetzlichen Erbrechts ihm zustehende Erbanteil versagt, sondern auch Erwerb aus Verfügung von Todes wegen.

Diese Unwürdigkeit zu erben bezieht sich also nur auf diesen bestimmten Erblasser, nicht aber auf irgend welche andere Personen. Es ist daher möglich, dass dem Unwürdigen sein entzogener Anteil dennoch zukommt, wenn er eine Drittperson beerbt, die infolge seines Ausschlusses den Erblasser beerbt hat¹⁰².

B. Voraussetzungen in der Person des Unwürdigen

Zur Begründung der Erbunwürdigkeit sind zwei Voraussetzungen erforderlich: 1. Die Urteilsfähigkeit des Täters und 2. das Vorhandensein eines Erbunwürdigkeitsgrundes.

*a) Urteilsfähigkeit*¹⁰³

Der Art. 540 ZGB fordert in allen vier Erbunwürdigkeitsgründen *vorsätzliches*¹⁰⁴, *rechtswidriges*¹⁰⁵, *schuldhaftes*

100) ZGB 540 II: „Durch Verzeihung des Erblassers wird die Erbunwürdigkeit aufgehoben.“ Vgl. Huggler S. 20, 125.

101) Nach schweizerischem Recht gibt es keine Personen, die a priori unwürdig wären, Erben zu sein (vgl. Art. 4 BV), es sei denn, sie hätten sich durch ein bestimmtes Verhalten gegenüber dem Erblasser als ‚erbunwürdig‘ erwiesen.

102) Vgl. Komm. Escher zu Art. 540 II.

103) S. die Ausführungen des näheren auf S. 44 ff., 51 f.

104) Zum Begriff des Vorsatzes vgl. StGB 18. Wissen und Willen sind dabei erforderlich, nicht aber eine Überlegung. Hafter Allg. Teil, S. 116 ff. Totschlag hat also ebenfalls Erbunwürdigkeit zur Folge. Gl. M. Escher S. 502, Tuor Komm., S. 491, Abrahamson S. 14, Planck S. 963 (5. Bd.) im StGB Art. 113 als vorsätzliche Tötung im Affekt bezeichnet.

105) Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit setzt nicht die Kenntnis der Gesetze voraus, sondern lediglich das Wissen des Täters, dass er unerlaubt handelt. Das Bundesgericht betrachtet die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Vorsatzes. BGE 33 I 201, BlZR I Nr. 23. Vgl. Germann S. 16 f.

tes¹⁰⁶ Handeln des Täters. Ein solches setzt aber die Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der Tat voraus¹⁰⁷.

Der Täter, der sich auf die Urteilsunfähigkeit beruft, muss diese nachweisen können, wobei schon eine hohe Wahrscheinlichkeit genügen kann¹⁰⁸.

b) Erbunwürdigkeitsgründe

Das schweizerische ZGB (Art. 540 I) kennt vier Tatbestände, welche Erbunwürdigkeit zur Folge haben: 1. Vorsätzliche rechtswidrige Tötung des Erblassers oder Versuch dazu¹⁰⁹, 2. vorsätzliche und rechtswidrige Herbeiführung eines Zustandes, der Verfüngungsunfähigkeit zur Folge hat¹¹⁰, 3. Veranlassung oder Verhinderung des Erblassers durch Arglist, Zwang oder Drohung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen¹¹¹, und 4. vorsätzliches und rechtswidriges Ungültigmachen oder Beseitigen einer Verfügung von Todes wegen unter Umständen, die dem Erblasser deren Erneuerung nicht mehr ermöglichen¹¹².

106) BGE 74 II 206.

107) BGE 74 II 206, 55 II 229, 44 II 449.

108) Der Nachweis ist an keine besonderen Beweisvorschriften gebunden. BGE 53 II 425, 74 II 205.

109) Darunter fallen Mord (StGB 111), Totschlag (StGB 113), Kindstötung (StGB 116), Tötung im Zweikampf (StGB 130), sofern sie beabsichtigt geschah, nicht jedoch die fahrlässige Tötung, Körperverletzung mit tödlichem Ausgang (u. Umständen jedoch auf 540 Ziff. 2), Tötung aus Notwehr (StGB 33), Tötung in amtlicher Funktion und im Kriege, da überhaupt kein Vorsatz vorliegt. Vgl. Escher S. 502, Abrahamson S. 13, 15, Curti S. 443, Rossel-Mentha S. 129, Tuor Komm. S. 491, Crome S. 187, Kretzschmar S. 398, Dernburg Erbrecht S. 28, Bindschedler S. 77 f., Staudinger S. 1000, Hafter S. 116 ff. Einen umstrittenen Fall bildet die Tötung auf Verlangen. Sie kommt einer Art Verzeihung im voraus gleich (vgl. später S. 97), verstösst somit gegen den Persönlichkeitsschutz (ZGB Art. 27) und gegen die guten Sitten und ist daher unbeachtlich. Dieser Tatbestand ist also ebenfalls unter Art. 540 Ziff. 1 ZGB zu subsumieren. (Crome S. 189, Kretzschmar S. 398, Planck (4. Aufl. Bd. I) S. 963, Escher S. 502, Tuor Komm. S. 491.)

110) Nicht von Erbunwürdigkeit gefolgt ist fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB), da kein Vorsatz zur Tat vorhanden ist (Bindschedler S. 82).

111) Ein erfolgloser Versuch dazu erfüllt diesen Tatbestand noch nicht (Bindschedler S. 94, Escher S. 503, Curti S. 543), G. Weiss, Samml. Entscheidungen ZGB und OR zu § 540.

112) Hierbei ist die letztwillige Verfügung und der Erbvertrag zu zählen (ZGB Art. 481, 498, 512). Wie bei Ziff. 3 ist auch hier der blosse Versuch kein Grund zur Erbunwürdigkeit. Vgl. das Beispiel von Bindschedler S. 124. Der Täter will eine Verfügung im Testament ausradieren, diese bleibt jedoch noch lesbar (gl. M. Curti S. 443). Ebenso wenig bei Abänderung oder Vernichtung der Verfügung nach Wunsch und Willen des Erblassers, selbst wenn sie auch erst nach seinem Tode erfolgt (Bindschedler S. 121).

Die Erbunwürdigkeitsgründe sind hiemit l i m i t a t i v aufgezählt. Sie beschränken sich auf diese vier Tatbestände, um nur dort einen Eingriff in die private Sphäre des Einzelnen auszuüben, wo er unbedingt nötig ist¹¹³. Er soll nur dann erfolgen, wenn das Vergehen gegen den Erblasser derart gravierend ist, dass die Rechtsordnung im Interesse der Rechtssicherheit eine Sanktion gegen den Erben verlangt. Dies ist der Fall, wo der Erbe sich eine schwere Verletzung des Pietätsverhältnisses gegenüber dem Erblasser hat zu Schulden kommen lassen, indem er sich in einer Weise gegen seine Testierfreiheit vergangen hat, die eine besonders verwerfliche Gesinnung bekundet¹¹⁴.

Im übrigen soll es, so weit wie möglich, im Ermessen des Erblassers stehen, ein Vergehen gegen ihn in der Erbfolge zu berücksichtigen oder nicht, je nachdem, wie er es subjektiv empfindet.

Alle diese Erbunwürdigkeitsgründe haben eine Verfehlung gegen den Erblasser gemeinsam, insofern als durch ein vorsätzliches, rechtswidriges Handeln oder Unterlassen in die erblasserische Testierfreiheit eingegriffen wird¹¹⁵, ¹¹⁶.

c) Stellung der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit

Es können¹¹⁷ zwei Bedingungen an die Erbunwürdigkeit geknüpft werden: Vorhandensein eines Erbunwürdigkeitsgrundes und das Fehlen einer Verzeihung durch den Erblasser. Eine Geltendmachung des Anfechtungsrechts seitens eines Miterben ist hier also nicht erforderlich¹¹⁸, da sie ipso iure eintritt und von Amtes wegen berücksichtigt werden muss¹¹⁹.

113) Erläuterungen von Huber S. 98. Tuor Komm. S. 490, BGE 61 II 320, Escher S. 501.

114) Aus diesem Grund wird im Falle der Tötung oder des Tötungsversuches die Sanktion der Erbunwürdigkeit vom Täter auch auf die Mittäter, Anstifter und Gehilfen ausgedehnt.

115) Es müssen also zwei Voraussetzungen an die Erbunwürdigkeit geknüpft werden: 1. Vergehen gegen Erblasser oder seine Willensäußerung, 2. ein strafrechtlich relevanter Tatbestand, an Hand dessen gegen den Schuldigen vorgegangen werden kann (s. Anm. 3, S. 74).

116) Das Wesen der Erbunwürdigkeit liegt nicht in ihrem strafenden Charakter, sondern im Schutz des Erblassers.

117) Tuor zu Art. 540/51, 14 f.

118) Anders im deutschen BGB, wo die Erbunwürdigkeit wegfällt, wenn kein Erbunwürdigkeitsgrund vorliegt oder eine Verzeihung seitens des Erblassers gewährt wurde, oder wenn das Recht zur Anfechtung von keinem Miterben geltend gemacht wird (Crome S. 188, Dernburg Erbrecht S. 29 ff.).

119) Escher 561, Tuor S. 496, Bindschedler S. 146.

Den einzigen Aufhebungsgrund der Erbunwürdigkeit bildet also die Verzeihung¹²⁰. Sie mag bei oberflächlicher Betrachtung zu den gemachten Erwägungen in einem gewissen Widerspruch stehen. Tatsächlich war Art. 540 Abs. 2 auch der Gegenstand heftigster Meinungsverschiedenheiten. Der Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements aus dem Jahre 1900 enthielt sie noch nicht^{121, 122}.

Das wesentliche und gemeinsame Moment aller Vergehen, die Erbunwürdigkeit zur Folge haben, ist demnach die Verfehlung gegenüber dem Erblasser im Sinne einer Verletzung des Pietätsverhältnisses zwischen Erben und Erblasser oder des Angriffs gegen seine Testierfreiheit¹²². Selbstverständlich bedeutet die Verzeihung keine Beseitigung der Rechtswidrigkeit. Dadurch aber, dass der Erblasser seiner Verzeihung Ausdruck verleiht, betrachtet er das Verhältnis wieder als normalisiert, und die Tat eventuell als seinem Willen entsprechend. Sie verliert somit den Charakter eines Vergehens ihm gegenüber. Will der Gesetzgeber also nicht riskieren, gegen sein eigenes Ziel — den Schutz des Erblassers¹²³ — zu verstossen, so muss er der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit Bedeutung beimessen^{124, 125}.

Auf Grund dieser Erwägungen lässt sich der Begriff der Verzeihung auf das Recht der Erbunwürdigkeit wie folgt übertragen: Der

120) Also auch ein diesbezüglicher Vertrag oder Verzicht ist wirkungslos, wenn nicht der Gedanke der Verzeihung in diesem irgendwie zum Ausdruck kommt.

121) Vgl. Art. 757 und 758. Letzter ohne Nachsatz.

122) Vgl. Hoffmanns Ausführungen im Ständerat (Sten.Bull. 1906 S. 433). „Jener Entwurf war logisch; er hat bei allen Erbunwürdigkeitsgründen die Verzeihung ausgeschlossen, von dem ganz richtigen Gesichtspunkt ausgehend, dass hier ein öffentliches Interesse im Spiele ist, und dass für die Verletzung dieses Interesses keine Heilung durch Verzeihung des Erblassers möglich ist.“ Huber Erl. S. 96 ff.

122a) Vgl. Huggler S. 24 ff.

123) Vgl. auch Motive Bd. V S. 524 f, „Die Erbunwürdigkeit ist nur bestimmt im Interesse des Erblassers.“ Huggler, S. 128.

124) In diesem Sinne wohl auch Tuor, wenn er das „Nichtvorhandensein einer Verzeihung“ als Voraussetzung der Erbunwürdigkeit bezeichnet, woraus sich durch Umkehrschluss ergibt, dass das Vorhandensein der Verzeihung eo ipso Erbunwürdigkeit ausschliesst (Tuor Komm. zu Art. 540 Anm. 14).

125) Wenn allerdings das Institut der Erbunwürdigkeit lediglich den Zweck verfolgen würde, den Erben für seine verwerfliche Tat zu strafen, damit, dass er eben erbunwürdig würde, ihr also öffentlich-rechtlicher Charakter zukäme, müsste der Verzeihung allerdings ein rechtlicher Erfolg abgesprochen werden, eine Konsequenz, die sowohl das gemeine Recht als auch der Code civil (Art. 727) dann auch gezogen haben (vgl. U. Eck S. 36, 42, Schindlbeck, Erbunwürdigkeit, S. 5, 45), unsere Ausführungen auf S. 49, Anm. 116.

Erblasser gibt durch sein Verhalten zu erkennen, dass er sein Pietätsverhältnis mit dem Erben, dessen Verfehlung ipso iure Erbunwürdigkeit zur Folge hatte, nicht oder nicht mehr als verletzt betrachtet¹²⁶.

C. Voraussetzung in der Person des Verzeihenden

Die allgemeinen Bedingungen, welche an die Verzeihung gestellt werden, bilden natürlich auch im Recht der Erbunwürdigkeit Voraussetzung¹²⁷. Immerhin findet die eine oder andere Forderung, die an die Verzeihung im allgemeinen gestellt wird, in der Erbunwürdigkeit, verglichen mit dem Recht der Ehescheidung, mehr oder weniger Betrachtung.

a) So spielt hier die genaue und überzeugende Kenntnis der Verletzung eine viel kleinere Rolle als im Recht der Ehescheidung¹²⁸. Die Rechtsfolge der Erbunwürdigkeit tritt im Anschluss an eine Handlung des Erben gegen den Erblasser ein. Diese Handlung ist immer direkt gegen den Erblasser gerichtet, im Gegensatz zum Ehebruch, wo der verletzte Ehegatte indirekt, d. h. nur insofern betroffen wird, als der Ehebrecher die verwerfliche Handlung mit einer Drittperson begeht. Der Verletzte wird also in bezug auf den im Gesetze genau bezeichneten Tatbestand verzeihen oder nicht.

b) Die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit¹²⁹ lässt sich ebenfalls im Recht der Erbunwürdigkeit nicht wegdenken. Es kann hier jedoch der Fall aktuell werden, dass für die Person des Verzeihenden nicht nur geistige Gesundheit, sondern auch ein bestimmtes Alter gefordert wird. Das ZGB hat von einer festen Begrenzung des Kindesalter abgesehen¹³⁰. Es stellt durchaus auf die einzelnen Umstände und den Entwicklungsgrad ab. Immerhin wird sie generell ungefähr mit dem erfüllten 7. Jahre angenommen¹³¹.

Im Falle des Art. 540 Ziff. 1 (vorsätzliche rechtswidrige Tötung oder Versuch dazu) kann der noch nicht Siebenjährige die Tragweite und Bedeutung eines solchen Verbrechens noch nicht ermessen, so-

126) Nager S. 54, Huggler S. 37, unsere Ausführungen auf S. 23 f.

127) Vgl. die Ausführungen auf S. 31 ff.

128) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 44.

129) Über die Urteilsfähigkeit vgl. unsere Ausführungen S. 37 f. Stadler S. 85.

130) Vgl. unsere Ausf. auf S. 37, Anm. 38.

131) Ebenso das BGB.

wenig wie die Folgen einer Verzeihung. Sie müsste also wegen seines Kindesalter nichtig betrachtet werden.

Der zweite und der vierte Erbunwürdigkeitsgrund¹³² schliessen eo ipso die Verzeihung aus, da gerade durch das betreffende Delikt dem Erblasser seine zur Verzeihung notwendige Urteilsfähigkeit verloren geht¹³³.

c) Selbstverständlich bildet auch im Recht der Erbunwürdigkeit das Fehlen von Willensmängeln Voraussetzung zu einer rechtsgültigen Verzeihung¹³⁴. So muss vor allem auf Nichtigkeit der irrtümlich gewährten Verzeihung hingewiesen werden, der sonst rechtliche Wirkung zukäme und die vermögensrechtlich von grosser Bedeutung sein könnte¹³⁵. Auch die zum Schein erklärte oder nicht ernst gemeinte Verzeihung entbehrt somit jeglicher rechtlichen Wirkung¹³⁶.

132) I. e. die vorsätzliche und rechtswidrige Herbeiführung einer dauernden Verfügungsunfähigkeit (vgl. ZGB Art. 467) bzw. die Beseitigung oder Ungültigmachung einer Verfügung von Todes wegen, auf die der Erblasser keinen Einfluss mehr ausüben kann.

133) Huggler S. 130 f. Vgl. auch S. 73 f. und 75 ff. unserer Ausführungen.

134) Vgl. die Ausführungen auf S. 33 ff.

135) Vgl. Kalischer S. 80 f.

136) Es liesse sich z. B. denken, dass ein Vater mit seinem erbunwürdig gewordenen Sohn übereinkommt, dem sterbenden Grossvater noch einen letzten Gefallen zu erweisen, indem er vor diesem seinen Sohne feierlich verzeiht, obgleich sich beide Teile bewusst sind darüber, dass keine rechtlich wirksame, wirkliche Verzeihung stattgefunden hat. Vgl. Kalischer S. 77.

2. ABSCHNITT: DIE FORM DER VERZEIHUNG

I. Allgemeines

A. Formfreiheit

Die Verzeihung ist an keine bestimmte Form gebunden¹. Der Gesetzgeber misst ihr im Rechte der Erbunwürdigkeit und der Ehescheidung dann eine bestimmte rechtliche Wirkung bei, wenn ein gewisses menschliches Verhalten als versöhnlich gewertet werden darf. Sie kann somit ausdrücklich, d. h. durch schriftliche oder mündliche Erklärung, oder stillschweigend, durch konkludente Handlungen, erfolgen, d. h. ohne dass expressis verbis von einer Verzeihung die Rede ist; ein bestimmtes Verhalten lässt den Schluss auf eine innere Gesinnungsumwandlung zu².

In dieser Formfreiheit liegt zweifellos die Gefahr der Unsicherheit und Unklarheit, denn nicht selten tritt der Fall ein, dass eine Partei in irgend einem Verhalten der Gegenpartei eine Verzeihung erblicken will, welche diese dann ebenso bestimmt in Abrede stellt³.

1) SemJud 36, 120; Egger zu Art. 137.

2) Müller S. 14 f. unterscheidet zwischen unmittelbarer Äusserung der Verzeihung (= ausdrückliche Erklärung oder unmissverständlich darauf hindeutende Handlungen wie Händedruck, Kuss usw.) und mittelbarer Äusserung (= Verzeihung muss auf Grund der vorliegenden Umstände in casu concreto angenommen werden).

3) Diese drohende Unklarheit mag wohl der Grund dafür gewesen sein, dass das „Allgemeine Landrecht für preussische Staaten“ die ausdrückliche Verzeihung vorschrieb. Vgl. § 720 ALR: „Beleidigungen, welche einmal ausdrücklich verziehen sind, können in der Folge nicht weiter als Ehescheidungsursache gerügt werden“ und § 721 ALR: „Einer ausdrücklichen Verzeihung wird gleichgeachtet, wenn der beleidigte Ehegatte nach erhaltener überzeugender Kenntnis die Ehe ein Jahr hindurch fortgesetzt hat.“ § 722 des ALR bestimmt weiterhin, dass selbst die stillschweigende Leistung der ehelichen Pflicht nicht als Verzeihung gewertet werden dürfe. (Vgl. darüber später im selben Abschnitt unter II.) Diese Auffassung des ALR wird in den „Motiven zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“ in Band IV, S. 603, eingehend kritisiert und bestritten: „... sie führt zu einer nicht zu billigenden

Es war selbstverständlich unmöglich, einheitlich und enumerativ festzulegen, welches menschliche Verhalten als Verzeihung zu werten sei und welches nicht; viel eher aber werden sich in den Umständen des einzelnen Falles Indizien finden lassen, die auf eine sinngemässe Lösung hindeuten.

Wie wir im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt haben⁴, knüpft die Rechtsordnung ihre Wirkungen an die Willensäusserung, d. h. an jegliche Kundgebung des Versöhnungswillens⁵. Daraus ergibt sich, dass es rechtlich irrelevant ist, ob die Verzeihung demjenigen gegenüber, dem sie gewährt werden soll, geäussert wird. Sie kann auch Drittpersonen gegenüber erfolgen; wesentlich für den Eintritt der Rechtsfolge ist lediglich die Tatsache, dass sie auf irgend eine Art, irgend jemandem gegenüber, geäussert wurde. Die Verzeihung ist also keine empfangsbedürftige Willenserklärung⁶; sie bedarf nicht der Annahme durch den verletzenden Teil⁷.

und insbesondere auch durch praktische Rücksichten nicht gebotenen Erleichterung der Scheidung. Ob die Verzeihung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist, macht keinen Unterschied“. Damit ist das schlagendste Argument gegen das vom ALR aufgestellte Postulat genannt. Diese starre, unbewegliche Vorschrift müsste zu einer erheblichen und ungerechtfertigten Häufung der Ehescheidungen führen, denn die gebräuchlichere Form der Verzeihung ist, wie wir sehen werden, die stillschweigende.

4) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 19 und 20.

5) Endemann S. 242, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 1570.

6) Vgl. Oertmann S. 467, Warnever S. 767, Nager S. 32 Nr. 2, Davidsohn S. 87, Endemann S. 242, Anm. 29, Müser S. 118, Staudinger IV. 4c zu § 1570, Planck IV. zu § 1570 und II. S. 443: „Einer Erklärung gegenüber dem Verzeihen bedarf die Verzeihung nicht“, Erler S. 301, Katz S. 67 und die dort zit. Schriftsteller, Knus S. 209, Thurnheer S. 64. A. M. Dernburg BGB Familienrecht S. 86, Hirschberg S. 66 ff. mit der Begründung, dass alle nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte vom Gesetz abschliessend angeordnet seien. Die Wirkung trete erst im Moment ein, in welchem dem Schuldigen Kenntnis von der erfolgten Verzeihung zugehe. Dieser Auffassung kann nicht beigegeben werden, da sie dem Wesen der Verzeihung widerspricht. Über empfangsbedürftige Erklärungen vgl. v. Tuhr-Sieglwart S. 157 ff.

7) Es unterscheidet sich darin der Begriff der Verzeihung (französisch „pardon“) vom Begriff der Versöhnung (französisch „réconciliation“), als jene keiner Annahme bedarf, also selbst gegen Wissen und Willen des Verletzenden erfolgen kann, aus einem einzigen Akt also bestehend, während die Versöhnung erst eintritt, wenn der Schuldige von der Verzeihung seiner Tat erstens Kenntnis erlangt hat und zweitens dieser entgegenkommt und sie annimmt. Die Versöhnung ist mithin ein bilateral, und nicht, wie die Verzeihung, ein unilateraler Akt. Vgl. Müller S. 16, Knus S. 209 und Anm. 29, Rehdans S. 16, Ickowicz S. 90: „il faut donc un accord de volonté de deux personnes“, Es ist also begrifflich wohl eine Verzeihung ohne Versöhnung möglich, niemals aber eine Versöhnung ohne Verzeihung. Vgl. unsere Ausführungen auf S. 23, Anm. 37.

Kenntnis des Schuldigen von der erfolgten Verzeihung und seine persönliche Stellungnahme gegenüber einer solchen sind für die Rechtsgültigkeit der Verzeihung also ohne Belang; notwendig ist lediglich, dass sich der Verletzte g e k r ä n k t gefühlt, diesen Zwiespalt ü b e r w u n d e n und diese Gemütsumwandlung nach aussen irgendwo k u n d g e t a n hat.

B. Verzeihung unter Bedingungen

Um der Frage gerecht zu werden, ob sich die Verzeihung unter Bedingung⁸ oder Vorbehalt gewähren lasse, müssen wir uns die gemachten Feststellungen über den Begriff und die iuristische Natur aus dem ersten Teil der Arbeit nochmals in Erinnerung rufen⁹. Dass sich Bedingungen nur zu einer a u s d r ü c k l i c h e r k l ä r t e n Verzeihung hinzu denken lassen, ergibt sich aus dem Wesen des Institutes. Wohl ist es denkbar, dass der Verzeihungswille durch konkludente Handlungen geäussert wird, unmöglich kann aber eine s t i l l s c h w e i g e n d h i n z u g e f ü g t e Bedingung von Bedeutung sein, weil eine solche, ohne entsprechende Erklärung, gar nicht e r k e n n b a r ist¹⁰.

Die Verzeihung stellt ihrer iuristischen Natur entsprechend eine Rechtshandlung dar, sie kann also grundsätzlich nicht als „bedingungsfeindlich“ bezeichnet werden, da sich die obligationenrechtlichen Bestimmungen, sofern sie s i n n g e m ä s s sind, anwenden lassen¹¹.

Aus dem Wesen der Verzeihung ergeben sich hingegen Einschränkungen. Durch eine grobe Verletzung ist ein Zwiespalt zwischen zwei in sittlicher Beziehung zueinander stehenden Personen entstanden. Irgend eine Gesinnungsänderung hat den Verletzten dazu bewogen, die Tat innerlich zu überwinden. Zu diesem rein psychologischen Vor-

8) Unter „Bedingung“ (condicio) versteht man ein ungewisses, zukünftiges Ereignis, von dessen Verwirklichung oder nicht Verwirklichung ein Rechtserfolg abhängig ist. Vgl. über den Begriff der Bedingungen: Stiefel, „Begriff der Bedingung im schweiz. Civilrecht“, Zürcher Diss. 1918, Otto Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888 S. 128 ff., Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, Berlin 1935, S. 84, Hölder, Pandekten, Allgemeine Lehren, Freiburg i. Br. 1891, S. 247 ff.

9) Vgl. erster Teil S. 18 ff. unserer Ausführungen.

10) Vgl. Müller S. 37, Freudenberg S. 67. A. M. Warneyer S. 767, Dernburg PrivatR. III. S. 63, Egger 15 zu Art. 137 ZGB, Bindschedler S. 145, Hornimann in Whartons Law Lexikon: „a pardon may be conditional“, page 624.

11) Bei einem „sittlichen Akt“ (vgl. I. Teil S. 26 ff.) hingegen wäre eine Bedingung schlechthin begriffswidrig.

gang ist eine Bedingung schlechthin unmöglich hinzudenkbar; jedoch bildet diese Phase auch noch nicht die Verzeihung im iuristischen Sinne. Erst die Äusserung des Willens ist rechtlich relevant. Es kommt jedoch in jeder, auch in der bedingterklärten, Verzeihung der tatsächliche Verzeihungswille zum Ausdruck, sei nun die beigefügte Bedingung auflösend oder aufschiebend¹². Damit ist aber auch der Beweis dafür erbracht, dass die Wiederherstellung des zerstörten sittlichen Verhältnisses für den beleidigten Teil möglich geworden ist, oder dass die Verzeihung bereits stattgefunden hat. Der Versöhnungsvorgang hat bei der Verzeihung, als einer Rechtshandlung mit sittlichem Charakter¹³, im Innern des Verletzten seinen Abschluss gefunden und kann nicht durch das Nichteintreten einer Bedingung wieder rückgängig gemacht werden.

Aus diesem Grunde ist auch die häufig verbreitete, einmal sogar vom Bundesgericht vertretene Ansicht¹⁴ abzulehnen, wonach die Verzeihung stets unter der stillschweigenden Bedingung erfolge, dass sich der schuldige Teil bessere¹⁵. Wenn eine rechtsgültige Verzeihung einmal stattgefunden hat, lässt sich der in sich abgeschlossene Verzeihungsvorgang nicht einfach wieder rückgängig machen, weil sich derjenige, dem verziehen worden ist, neuerdings wieder Verfehlungen

12) Kamps S. 19 ff., Müller S. 36, Nadler S. 72, Lüttgert S. 98 f., Erler S. 123 unterscheiden zwischen einer a) auflösenden Bedingung (= Resolutivbedingung: die Rechtswirkung tritt ex nunc ein, vgl. OR Art. 154, erlöscht aber wieder, wenn die Bedingung eintritt. Ihre Erfüllung kann — nach der Ansicht dieser Autoren — die erfolgte Verzeihung nicht rückgängig machen, die Bedingung gilt also als nicht beigefügt, die Verzeihung als gewährt) und einer b) aufschiebenden Bedingung (= Suspensivbedingung, d. h. die Rechtswirkung tritt ex tunc ein, also erst vom Moment an, wo die Bedingung sich erfüllt hat: OR Art. 151. Die Verzeihung gilt als noch nicht erfolgt, höchstens in Aussicht gestellt, insofern als der schuldlose Teil den anderen, trotz des Vorgefallenen, noch als würdig erachtet, die Ehe mit ihm fortzusetzen (vgl. Lüttgert S. 98). Auf Grund der oben erwogenen Betrachtungen bin ich jedoch der Ansicht, dass sich die beiden Begriffe der Verzeihung und der Bedingung — welcher Art diese auch sei — gegenseitig ausschliessen müssen. Auch Freudenberg S. 71 vertritt die Auffassung, dass die Verzeihung im allgemeinen nur unbedingt und vorbehaltlos erfolgen könne, denn wo eine Versöhnungsabsicht und „eine versöhnliche Gesinnung an den Tag trete, sei für Vorbehalte und Bedingungen kein Raum mehr“. Näheres über Resolutiv- und Suspensivbedingungen vgl. bei E. Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts, Basel 1949, S. 2 8ff., v. Tuhr-Siegwart II., S. 698 ff.

13) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 29.

14) JT 51, 308, 52, 14.

15) Vgl. Briner S. 121, Crone IV S. 227, Anm. 44, Thurnheer S. 70, Bieker S. 78, Endemann II. S. 243 „Bedingte Verzeihung ist zulässig“.

zu schulden kommen liess¹⁶. Abgesehen davon, müsste diese Auffassung in jenen Fällen zu grosser Unsicherheit führen, wo die schuldige Partei behauptet, die zur Bedingung erklärte Besserung sei eingetreten, die andere Partei dies aber bestreitet¹⁷.

Weiterhin spricht gegen die Berücksichtigung der unter Vorbehalt oder Bedingung erklärten Verzeihung die Tatsache, dass sich sowohl im Rechte der Ehescheidung wie der Erbunwürdigkeit eine unerwünschte und unmotivierte Zeitspanne der Unsicherheit über den zukünftigen Bestand der Ehe einerseits, oder über die Beziehungen zwischen dem Erblasser und dem Schuldigen anderseits, einstellen würde¹⁸.

Abschliessend lässt sich feststellen, dass eine der Verzeihung beigefügte Bedingung grundsätzlich rechtlich irrelevant ist, handle es sich um eine Suspensivbedingung (Beispiel: „Ich verzeihe Dir, wenn Du die Prozesskosten übernimmst“), oder um eine Resolutivbedingung (Beispiel: „Ich verzeihe Dir, wenn Du Dir in nächster Zeit nichts mehr zu Schulden kommen lässt“¹⁹), denn aus jedem Falle geht

16) Darin gehe ich auch mit Knus S. 225 und Bieler S. 78 ff. einig, diezugeben, dass eine Verzeihung nicht rückgängig gemacht werden könne, auch wenn sich der Fehlbare neuer Verbrechen schuldig erweist, die Aussöhnung somit keine dauerhafte gewesen sei. Wohl könne ein psychischer Vorgang nicht unter einer Bedingung existent werden; die Verzeihung im Rechtssinne sei aber nicht mit dieser seelischen Umstimmung identisch, sondern mit der Äusserung, und deshalb dürfe wohl die Erklärung der Verzeihung mit einer Bedingung beschwert werden. Doch auch hier sind meines Erachtens zwei aus dem vorangehenden Teil der Arbeit gewonnene Überlegungen zu wenig in Rechnung gezogen worden:

1. Der Versöhnungswille darf nicht mit der Äusserung divergieren: diese müssen gleichgerichtet sein, ansonst von einer Verzeihung gar nicht die Rede sein kann (vgl. früher S. 35)

2. Per definitionem ist ausschliesslich die Äusserung des Versöhnungswillens massgebend für die rechtliche Wirksamkeit der Verzeihung, sei diese mit einer Bedingung behaftet oder nicht, ist belanglos. gl. M. Gmür Nr. 24 zu Art. 138; a. M. Egger 15 zu Art. 137, Müser S. 121, Endemann S. 242, Anm. 32, Dernburg BGB IV. S. 86, Tunica S. 58 und die dort zit. zahlreiche Judikatur. Ferner SJK Bl. 509 S. 5.

17) Vgl. Freudenberg S. 70: „Abgesehen von dieser Schwierigkeit ist zu berücksichtigen, dass, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, die Bedingung sei erfüllt, doch kein Mittel existiert, um eine Verzeihung seitens des Verletzten durchzusetzen.“

18) Vgl. Freudenberg S. 71.

19) Vgl. Kalischer S. 88: „Wenn der Verletzende sich nach erfolgter Verzeihung dann nicht bessert, so kann in seiner Handlungsweise eine neue Verletzung liegen; ist dies nicht der Fall, so ist verziehen und die rechtlichen Wirkungen erfolgter Verzeihung treten ein.“

deutlich hervor, dass die Wiederaufnahme der zerstörten sittlichen Bande keine unerträgliche Last für den Verletzten bedeutet.

Die Verzeihung kann also nur unbedingt und vorbehaltlos erfolgen. Die bedingt erteilte Verzeihung kann als gewährte erachtet werden²⁰.

C. Ausdrückliche Verzeihung

Vom Standpunkt der Rechtssicherheit ist die ausdrückliche Verzeihung zweifellos die zuverlässigste Form, um dem Versöhnungswillen Ausdruck zu geben. Sie ist jedoch nicht gleichbedeutend mit einem ausdrücklichen Verzicht des Verletzten auf sein Klage-recht. Auf Grund ihrer iuristischen Natur als Rechtshandlung wird die Verzeihung — im Gegensatz zum Verzicht — nicht um der aus ihr resultierenden Rechtsfolgen willen erklärt, sondern sie entsteht ausschliesslich auf Grund einer inneren Umwandlung. Dass ihr klageaufhebende Wirkung zukommt, muss der Verzeihende im Zeitpunkt der Gewährung nicht einmal realisiert haben²¹. Darin liegt der Unterschied zwischen ausdrücklich erklärter Verzeihung und Verzicht²².

Die ausdrückliche Verzeihung kann entweder speziell, d. h. ausschliesslich ein oder mehrere genau bekannte Vergehen betreffend²³, oder generell erteilt werden. Der Begriff der generellen Verzeihung ist jedoch restriktiv aufzufassen. Eine allgemeine Sündenamnestie²⁴, worin alle bekannten und unbekannten Vor-

20) Vgl. darüber: Lüttgert S. 99, Nadler S. 71, Planck V. u. § 2337, Dernburg Privat R. II. S. 64 f., Stadler S. 23, Freudenberg S. 70 f., Kalischer S. 88 f., Müller S. 35 ff., Rehdans S. 23, Hirschberg S. 72 ff., Katz S. 85 ff., Bieler S. 78, Schmidt 5c zu § 1570 BGB, Knus S. 222 ff., ERG Bd. 28 S. 308.

21) Vgl. I. Teil S. 25, Anm. 12 unserer Ausführungen.

22) a. M. Jacobi in „Persönliches Erbrecht des BGB“, S. 108. Bei ihm ist die ausdrückliche Verzeihung, wie wir gesehen haben (vgl. S. 37 Anm. 2) ein Rechtsgeschäft, das um seines Erfolges willen vorgenommen wird; folglich muss die ausdrückliche Verzeihung dem Verzicht gleichgestellt werden (vgl. ALR §§ 720/22), was unserer Auffassung über das Wesen der Verzeihung gänzlich widerspricht. Vgl. auch Thurnheer S. 77 f.

23) So kann ein Ehegatte dem andern die Ehebrüche mit einem bestimmten Dritten verzeihen, von denen er weiss, dass es z. B. deren drei waren. Der Erblasser seinerseits verzeiht dem Erbunwürdigen alle drei misslungenen, ihm genau bekannten Lebensnachstellungsversuche.

24) Beispiel: „Ich verzeihe Dir sämtliche Vergehen, die Du bis zum heutigen Tag begangen hast.“

gänge in einer ausdrücklichen Erklärung verziehen werden sollen, ist meines Erachtens nicht zulässig²⁵. Denn unbekannte Tatsachen können von einer Verzeihung gar nicht erfasst werden, da weder die begrifflichen, noch die materiellen Voraussetzungen²⁶ zu einer solchen vorhanden sind²⁷. Die Verzeihung kann nur in dem Sinne generell erteilt werden, als sie sich auf mehrere gleichwertige und gleichartige Vergehen²⁸ bezieht, von denen sich der Verzeihende Anzahl und Art vorstellen kann. Wichtig ist, dass Wille und Gesinnung des Schuldigen in vollem Ausmass erkennbar sind, die Aversion gegen den Schuldigen eintritt und sich der ganze Vorgang der Verzeihung abspielen kann, was bei Tatbeständen, die nicht in ihrer vollen Tragweite ermessbar sind, nicht möglich ist²⁹.

Die Erklärung eines zu unzähligen Malen Verletzten, er wolle unter die verwerfliche Vergangenheit des Übeltäters endgültig einen Schlussstrich ziehen, ist vom moralischen Gesichtspunkt aus gesehen durchaus in Ordnung und mag in der Praxis auch hie und da vorkommen. Eine rechtliche Wirkung muss ihr aber aus den erwogenen Gründen abgesprochen werden, es sei denn, der „Schlussstrich“ sei untermauert durch ein umfassendes Geständnis des schuldigen Teiles, das dem Verletzten die Möglichkeit einräumt, rechtswirksam zu verzeihen.

25) a. M. Kalischer S. 31. Er vertritt die Auffassung, das eheliche Verhältnis werde nicht so sehr durch die einzelne Pflichtverletzung zerstört, sondern durch die mangelnde eheliche Gesinnung. Der Versöhnungswille beziehe sich also auf diese und somit auf alle bekannten und unbekannten Tatsachen, welche eine Untergrabung dieser ehelichen Gesinnung zur Folge gehabt hätte.

26) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 31 ff., 33 ff.

27) Vgl. Nadler S. 31: „Unbekanntes kann man nicht verzeihen.“

28) Es soll eine Verzeihung z. B. rechtsgültig sein, die der verletzte Gatte dem schuldigen gewährt für alle Ehebrüche, die dieser während seinem einwöchigen Ferienaufenthalt mit dem bestimmten Dritten X begangen hat, seien es nun deren 5 oder 6 gewesen. Oder der Erblasser verzeiht seinem Erben, von dem er weiss, dass er ihn verschiedene Male mit Hilfe eines ganz bestimmten Verfahrens zu vergiften suchte. Vgl. Bieler S. 43, Knus S. 207 f., Thuriheer S. 55 ff.

30) Vgl. BGE 50 II 325: „Wenn der verzeihende Gatte von verschiedenen Ehebrüchen seiner Frau mit demselben Manne Kenntnis erlangt hat, und er gewährt ausdrücklich eine generelle Verzeihung, „so konsumiert diese nicht auch die Prostitution, welche jene zur selben Zeit getrieben hat.“ A. M. Tunica S. 57 f. (vgl. dazu die dort zahlreich zit. Entscheide der Oberlandsgerichte Braunschweig und Karlsruhe). Schmidt S. 711; „Eine Verzeihung kann in genereller Weise, und zwar nicht nur bezüglich schon bekannter, sondern auch unbekannter, sonst noch begangener Verfehlungen erteilt werden.“ Vgl. dagegen Démolombe S. 80: „La réconciliation ne peut faire disparaître que les griefs qui étaient connus de l'époux demandeur en divorce. On peut, en effet, pas pardonner des torts qu'on ignore.“ Vgl. unsere Ausführungen auf S. 44 f.

Die ausdrückliche Verzeihung erfolgt in einem mehr oder weniger feierlichen Akt in Wort oder Schrift³¹. Eine Handlung allein ist keine ausdrückliche Verzeihung³², wenn sie nicht von ein paar Worten begleitet ist. Darin besteht gerade der Unterschied zwischen der ausdrücklichen und der stillschweigenden Verzeihung, dass die letztere stets in konkludenten Handlungen zum Ausdruck kommt.

D. Stillschweigende Verzeihung

Verglichen mit der ausdrücklichen Verzeihung, stehen der stillschweigenden Verzeihung bedeutend mehr und mannigfaltigere Ausdrucksformen zur Verfügung. Im einzelnen Fall ist es daher um so schwieriger festzustellen, ob tatsächlich eine Verzeihung gewährt wurde oder nicht, besonders wenn die Ansichten der Parteien hierüber auseinandergehen.

Dennoch müssen Handlungen oder Unterlassungen³³, die deutlich darauf hinweisen, dass im Innern des Verletzten Verzeihung Platz gegriffen hat, von der Rechtsordnung berücksichtigt werden³⁴. Unser Zivilgesetzbuch ist doch gerade im Ehescheidungsrecht bestrebt, dort, wo eine Hoffnung auf Besserung des ehelichen Verhältnisses besteht, die Scheidung zu erschweren, ohne dass anderseits der Kreis der Verzeihung auf Kosten der Rechtssicherheit allzu weit gezogen wird.

Es lässt sich bei der Mannigfaltigkeit der in Frage kommenden Fälle aber auch keine allgemein gültige gesetzliche Regel oder Richtlinie aufstellen. Noch weniger wäre eine limitative Aufzählung der Handlungen denkbar, auf Grund welcher im Einzelfalle Verzeihung angenommen werden könnte.

Bei der Feststellung, ob in casu concreto von einer stillschweigenden Verzeihung die Rede sein kann, müssen die verschiedenartigsten Umstände in Erwägung gezogen werden. So muss vor allem auf

31) Vgl. SJK Blatt 509 S. 5.

32) a. M. Müller S. 14. Er versteht darunter auch unmittelbar darauf hinweisende Handlungen. Vgl. früher S. 53, Anm. 2 unserer Ausführungen.

33) Der Verletzte lässt es z. B. plötzlich wieder geschehen, dass ihn der schuldige Teil mit Liebkosungen und Zärtlichkeiten überhäuft. Vgl. Müser S. 118.

34) Vgl. Gmür Anm. 23 zu Art. 138 ZGB. Skeptisch stellt sich Hirschberg S. 86 dazu. Da er die Verzeihung als empfangsbedürftige Willenserklärung aufgefasst haben will (vgl. unsere Ausführungen auf S. 54, Hirschberg S. 66 ff.), will er in vielen Fällen einer stillschweigenden Verzeihung die Wirksamkeit überhaupt absprechen, um so mehr, wenn sich dabei die Richtung auf den Destinatär nicht konstatieren lässt.

Milieu, Erziehung, Charakter und Temperament Rücksicht genommen werden; ferner bildet Kenntnis von Lebensstandard und Vermögenstand, sozialer Stellung und Lebensgewohnheiten eine wesentliche Grundlage der Entscheidung, ohne dass dabei von „Klassenjustiz“ die Rede sein könnte³⁵, haben doch ähnliche oder gleiche Handlungen, in verschiedenen sozialen Verhältnissen vorgenommen, voneinander abweichende Bedeutung.

Im folgenden sei versucht, die hauptsächlichsten Kundgebungen und Handlungen, welche in den Instituten der Ehescheidung und der Erbunwürdigkeit auf eine Verzeihung schliessen lassen, darzustellen.

II. Die Form der Verzeihung im Rechte der Ehescheidung

A. Vorbemerkung

Verzeihung hat beim verletzten Ehegatten dann stattgefunden, wenn er zum Ausdruck bringt, dass er die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als für ihn erträglich erachtet, obgleich ihm die Verfehlung des anderen Gatten ein Recht auf Scheidung begründet³⁶. Er kann dies ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten bekunden, wobei die ausdrückliche Verzeihung — wie wir oben dargelegt haben — leichter nachweisbar ist³⁷. Ausdrückliche Verzeihung besteht wohl meistens in einer offiziellen Erklärung des beleidigten Partners, er wolle dem anderen die begangene Verfehlung nicht weiter nachtragen. Er mag den Fehlbaren auch zur Besserung mahnen, indem er dies gewissermassen als „Bedingung“ an die Verzeihung anfügt, ohne dass einer solchen Bedingung irgendwelche rechtliche Bedeutung beizumessen wäre³⁸, ³⁹. Mit der Verlautbarung des Versöhnungswillens ist die Verzeihung gewährt.

35) Vgl. Tunica S. 61, 15, Hirschberg S. 86, Bieler S. 40 ff. Anm. 28 und die dort zit. Schrift von D a n z „Einführung in die Rechtsprechung“, Jena 1912 Seite 97.

36) Vgl. Tunica S. 55, Nager S. 25; unsere Ausführungen auf S. 23.

37) Vgl. oben S. 58, Motive IV. S. 603 Démolombe S. 81: „La réconciliation peut être expresse ou tacite. Lorsqu'elle sera expresse son appréciation sera facile et rarement il arriva qu'on puisse contester sa valeur.“

38) Vgl. die Ausführungen auf S. 56 f. und Anm. 16.

39) Selbverständlich finden die vorangehenden allgemeinen Erwägungen über Formfreiheit (S. 53 f.), spezielle und generelle Verzeihung (S. 58 ff.), insbesondere auch über die bedingt erklärte Verzeihung (S. 55 ff.) Anwendung.

Neben dieser ausdrücklichen kommt auch der stillschweigenden Verzeihung⁴⁰ rechtliche Gültigkeit zu, und diese ist hier im speziellen einer genauen Betrachtung zu unterziehen. Es ist zu untersuchen, ob ein bestimmtes Verhalten unter den gegebenen Umständen als Bekundung des Versöhnungswillens gewertet werden darf, auch wenn der Verletzte eine solche Interpretation negiert.

Die erste Forderung, die an eine derartige Handlung gestellt werden muss, ist eine *innere Anteilnahme*, welche in jedem Falle zu Grunde liegen muss. Handschlag, Umarmung, Kuss, alle können, aber müssen nicht, Verzeihung bedeuten. Wohl beweist sie der Handschlag, der in feierlicher Weise auf eine entsprechende versöhnliche Erklärung oder auf eine Bitte des Schuldigen um Vergebung folgt. Beiläufige Umarmung oder Küsse, die rein der Macht der Gewohnheit entspringen, sind hingegen rechtlich unerheblich, ausser wenn sie Ausdruck einer inneren Wallung sind und in entsprechender Weise, über die Erfordernisse normaler Höflichkeitsformen hinausgehend, in Erscheinung treten⁴¹. Besonders im *brieflichen Verkehr* zwischen den stereotypen verbindlichen Wendungen, wie: „Liebe X“, „Mit besten Grüssen und Küssen“, kann noch kein Vorhandensein eines Versöhnungswillens erblickt werden⁴², wenn nicht aus dem übrigen Inhalt des Briefes die versöhnliche Stimmung des Schreibenden deutlicher zum Ausdruck gelangt⁴³. Die betreffende Anrede oder Schlusswendung zwingen allein nicht zur Folgerung, der Schreibende habe in dieser Form mehr ausgedrückt „als eben unter Gebildeten die übliche Rücksicht auf Anstand und Sitte im Briefwechsel erheischt“⁴⁴.

Eine *gemeinsame Erholungsreise* des entzweiten Ehepaares zwingt hingegen zur Annahme, dass der schuldlose dem schuldigen Partner die ihm bekannten Verfehlungen verziehen hat, besonders wenn die Ehegatten die Reise als „*voyage de réconciliation*“ bezeichnen⁴⁵.

40) Vgl. die Ausführungen auf S. 53, 60.

41) Dazu gehören auch besondere persönliche Aufmerksamkeiten, wie Geschenke, ausserordentliche Zärtlichkeiten und sonstige eheliche Liebesbeweise. Vgl. Müller S. 118, Knus S. 216.

42) Vgl. Egger Anm. 15 zu Art. 137.

43) Vgl. SemJud 36, 120, Gmür Anm. 23 zu Art. 138.

44) Urteil des Reichsgerichts vom 9. 12. 1907 und das OLG Bamberg 14. 5. 1904, zit. bei Tunica S. 64 Nr. 20 und S. 65, c, ebenso BGE 38 II 29; 30 II 14: Briefe, die in einem überaus herzlichen Ton gehalten sind und die versöhnliche Stimmung überall durchsickern lassen, sind als Verzeihung zu werten, nicht aber bloss Anreden, wie „*mon cher ami*“ und Schlusswendungen, wie „*ta dévouée femme qui t'aime*“ (BGE 10, S. 110).

45) Vgl. SemJud 36, 120, Egger Anm. 15 zu Art. 137, Urteile des RG vom

B. Leistung der ehelichen Pflicht

Wohl in den meisten Fällen äussert sich die Verzeihung in der Wiederaufnahme der geschlechtlichen Beziehungen zwischen den entzweiten Ehegatten. Eine allgemein gültige Regel, wonach die Fortführung des ehelichen Geschlechtsverkehrs als praesumptio iuris et de iure angesehen wird⁴⁶, lässt sich jedoch nicht halten. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber von einer Stellungnahme zu dieser umstrittenen Frage Abstand genommen hat, zeugt davon, dass er es dem Ermessen des Richters anheimstellen wollte, ob im konkreten Falle auf Verzeihung geschlossen werden darf. Daher soll auch prinzipiell bei der Beurteilung dieser Frage kein Unterschied gemacht werden, ob der Scheidungsanspruch auf Grund des einen oder andern Scheidungstatbestandes gegeben ist⁴⁷.

Die Behauptung, eine eheliche Beiwohnung ohne vorherige Aussöhnung, d. h. ohne jegliche innere Zuneigung, ja sogar in feindlicher Stimmung, sei nur Menschen gemeinen Charakters möglich⁴⁸, lässt sich heute nur schwer aufrechterhalten.

Selbst wenn diesem Einwand bedingt zuzustimmen wäre, so würde dies an seiner rechtlichen Relevanz nichts ändern. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Leistung der ehelichen Pflicht einer Verzeihung gleichkomme, ist die *moralische* von der *rechtlichen* streng zu trennen⁴⁹.

Rechtlich darf die Tatsache, dass der Geschlechtsverkehr zwischen den entzweiten Ehegatten wieder aufgenommen wurde, nicht als aus-

2. 12. 1907 und 9. 1. 1908 zit. bei Tunica S. 62 Nr. 17.

46) Lüttgert S. 226, Kamps S. 34 weisen darauf hin, dass dies der Auffassung des gemeinen Rechtes, ebenso der früheren katholischen Ehegerichte entsprach. Auch das BGB ist prinzipiell dieser Ansicht, vgl. Katz S. 74, Bieler S. 45. Demgegenüber enthält das ALR eine ausdrückliche Bestimmung, wonach „bloss aus der Leistung der ehelichen Pflicht kein Verzicht auf das Recht zur Ehescheidung gefolgert werden darf.“ (§ 722 II, 1). Vgl. S. 84 A. 1. Auch der Code Civil verneint die eheliche Beiwohnung als absoluten Beweis der Verzeihung: Démolombe S. 81 Nr. 76, „Ce sera toujours une question de fait et d'appréciation et on ne saurait poser en principe que la continuation de la vie commune et toujours et nécessairement une preuve de réconciliation.“

47) gl. M. Knus S. 210, a. M. Kalischer S. 49, Lüttgert S. 226 betont, dass nach gemeinrechtlicher Auffassung die Beischlafsvollziehung nur beim Scheidungsgrund des Ehebruchs allgemein als stillschweigende Verzeihung gewertet wurde, nicht aber nach schwerer Misshandlung, weil hier bei der Gewährung des Beischlafes immer noch die Furcht vor neuen Gewalttätigkeiten mitspiele. Wenn bei diesem Scheidungsgrund Verzeihung geltend gemacht werde, so müsse sich diese noch aus anderen Indizien schliessen lassen.

48) Vgl. Koch S. 254, Dernburg Privat R. S. 64 ff.

49) Vgl. Hirschberg S. 88

reichenden Beweis der Verzeihung angesehen werden; es ist dies an Hand der gegebenen Umstände des einzelnen Falles zu prüfen⁵⁰.

So kann ein geduldeter Beischlaf nicht als Verzeihung interpretiert werden, wenn er nur in einer momentanen Befriedigung begründet war und nicht in einer neuerdings erwachten, gegenseitigen Zuneigung⁵¹. Man darf diese Handlung aber auch nicht als „viehisch“ oder „amoralisch“ klassieren⁵², da der Geschlechtstrieb neben dem Erhaltungstrieb als stärkster Faktor im Triebleben des Menschen vorherrscht. Es kann demnach nicht jedem Menschen völlige Enthaltensamkeit während der ganzen, oft beträchtlich langen, Scheidungsprozessdauer zugemutet werden, wobei der aussereheliche Geschlechtsverkehr ohnehin nicht in Frage kommt, da die Ehe noch immer rechtsgültig besteht⁵³.

Wenn somit einem Gatten der eheliche Verkehr nicht mehr bedeutet als die Befriedigung irgend eines Triebes, so kann man ihm diese Einstellung — deren ethischer Wert hier nicht zur Frage steht — nicht verbieten und ihm deswegen Konsequenzen aufbürden, die mit seinem Wissen und Wollen nicht vereinbar sind⁵⁴.

Die schweizerische Praxis hat denn auch von jeglicher allgemeinen Regelung dieses Problems abgesehen und sie ganz der Beurteilung des Einzelfalles überlassen⁵⁵. Tatsächlich ist

50) Vgl. Weiss, Sammlung 1922-37 Familienrecht Nr. 1072, SJZ Bd. 22, 298; 23, 68; Aarg. VJ Schr. 26 Nr. 1, Aarg. OGE v. 2. 10. 25, Entsch. des zürcher. Obergerichts v. 20. 12. 22, RechBer. 1922 Nr. 57.

51) Vgl. SemJud 36, 120: „Il ne suffit pas qu'il y ait un rapprochement occasionnel quelconque ou que les deux époux se soient laisser emporter par un mouvement passager se sens.“ Vgl. auch RechBer. 1918 Nr. 91.

52) Vgl. das vom Bundesgericht revidierte Urteil des Appellationshofes des Kt. Bern vom 30. 4. 1943 in BGE 69 II 210. Vgl. dazu die Definition Kants der Ehe: „Ehe ist die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechtes zum lebenslänglichen, wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“ (zit. in SJZ Bd. 45, 266).

53) Vgl. Thurnheer S. 58, unsere Ausführungen S. 40.

54) Vgl. darüber die Bemerkungen Bieliers S. 45 ff. und Thurnheers S. 58; Letzterer will auf das Naturell des Verletzten abstellen: „Bei charakterfesten, ruhigen Naturen, die in geschlechtlicher Beziehung feiner empfinden, ist Beiwohnung ohne Zuneigung undenkbar; die Erfüllung der ehelichen Pflicht wird dann immer ein Zeichen verzeihender Gesinnung sein.“ (Die Schwierigkeit, die sich dem Richter bei der Beurteilung stellt, ob er es im vorliegenden Falle mit einer geschlechtlich feinfühlenden Person zu tun habe oder nicht, ist wohl leicht ersmessbar.)

55) Vgl. Weiss, Sammlung 1912-21 Nr. 18 zu Art. 137, Gmür, Anm. 23 zu Art. 138, SJZ Bd. 32, 248, BGE 38 II 46, BGE 54 II 355, Praxis 1943 Nr. 121, Entscheidg. des Appellationsger. Basel Stadt, 9. Bd. 1. Heft S. 3 (Urteil v. 14. 3. 1947); Die Ansichten von Kamps S. 34, Rossel-Mentha I S. 237, Thurnheer S. 58, Curti-Forrer Nr. 15 zu Art. 137: „Die Gerichte haben regelmässig Verzeihung

gar kein Bedürfnis nach einer solchen Regelung vorhanden⁵⁶. Sie würde im Gegenteil in zahlreichen Fällen zu Missstimmigkeiten führen.

Die Wiederaufnahme des ehelichen Geschlechtsverkehrs bedeutet dann Verzeihung, wenn dabei der Versöhnungswille mittel- oder unmittelbar zum Ausdruck kommt, indem der schuldige Ehegatte selbst das sichere Gefühl hat, seine Verfehlung sei ihm nun endgültig verziehen worden, da er aus dem Verhalten des Verletzten die innere Anteilnahme, das Wiedererwachen der gegenseitigen Zuneigung, erkennen konnte⁵⁷.

Auf Grund dieser Erwägungen ist ersichtlich, dass von Verzeihung keine Rede sein kann, wenn die Vollziehung des Beischlafs nicht aus freiem Antrieb erfolgte, sondern aus der Vorstellung heraus, während des rechtlichen Bestandes der Ehe dazu verpflichtet zu sein⁵⁸. Dasselbe gilt, wenn er lediglich geduldet wurde, um Streitigkeiten zu vermeiden, oder gar aus Furcht vor Misshandlungen⁵⁹.

Aber auch der freiwillig vorgenommene Beischlaf liefert keinen absoluten und endgültigen Beweis für eine Verzeihung, da er, wie wir oben⁶⁰ gesehen haben, rein physisch bedingt sein kann⁶¹. Weiterhin wäre auch der Fall denkbar, dass sich der verletzte Ehegatte selbst damit prüfen will, ob es ihn, auf Grund der ihm zugefügten Verletzung, überhaupt noch reize, mit dem schuldigen Gatten intimere Beziehungen aufrechtzuerhalten, oder ob seine innerliche Abkehr schon soweit Platz gegriffen habe, dass ihm eine Beiwohnung mit dem schuldigen Partner gar nichts mehr bedeute. Noch ein anderes

angenommen, wenn trotz Kenntnis des Ehebruchs, der unschuldige Teil den ehelichen Verkehr fortgesetzt hat“, gilt heute an Hand der neueren Materialien und Judikatur als überholt.

56) Wie z. B. auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts oder der Doppelbesteuerung, wo die Regelung durch die Praxis von entscheidendem Einfluss ist.

57) BGE 69 II 211, ZbJV 81, 233, SJZ 32, 248, Aarg. VJ Schr. 1930, 1. Ein anormal intensiver Geschlechtsverkehr zwischen den beiden Gatten wäre z. B. ein zuverlässiges Indiz für eine Verzeihung (vgl. Warneyer S. 768).

58) SJZ 32, 248, Bieler S. 47, vgl. auch die Ausführungen von Wyss im stenographischen Bulletin der Bundesversammlung vom Juni 1905 (S. 533). Vgl. 38 II BGE. a. M. Knus S. 211, Davidsohn S. 88.

59) Vgl. Weiss, Sammlungen 1912-21 S. 237, ZbJV 56, 541, ZbJV 12, 62, JT 63, 636, BGE 38 II 52, SJK Blatt 509 S. 5 und die dort zit. Entscheide, Egger 15 zu Art. 137, Erlar S. 303.

60) Vgl. unsere Ausführung auf S. 63 ff.

61) Vgl. Moll „Handbuch der Sexualwissenschaften“, Leipzig 1912, wonach bei hysterischen und neurasthenischen Personen aussergewöhnliche Erregungen, wie sie durch das Vorhandensein von Ehescheidungstatbeständen eintreten müssen, eine Steigerung des Geschlechtstriebes veranlassen. (zit. bei Bieler S. 46)

Motiv für die Aufrechterhaltung der ehelichen Beziehungen seitens des Verletzten bestände in seinem Versuch, dadurch über die ihm willfahrene Kränkung hinwegzukommen⁶².

Auf Grund dieser Erwägungen ist ersichtlich, dass die blossе Tatsache der fortgesetzten, oder wieder aufgenommenen ehelichen Geschlechtsbeziehungen in kein allgemein geregeltes Verhältnis zur Verzeihung festgelegt werden darf⁶³. Unter Berücksichtigung der erwähnten Gesichtspunkte muss es ganz dem Ermessen des Richters anheimgestellt werden, ob in casu concreto das Vorhandensein eines Versöhnungswillens angenommen werden kann⁶⁴.

C. Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft

Wie bei der Leistung der ehelichen Pflicht⁶⁵, so müssen auch bei der Wiederaufnahme oder Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft die Umstände gewürdigt werden, um im einzelnen Falle entscheiden zu können, ob eine stillschweigende Verzeihung vorliegt⁶⁶.

Zweifellos lässt die Wiederaufnahme der Gemeinschaft nach einer gewissen Trennungszeit mit grösserer Wahrscheinlichkeit auf eine seither erfolgte Verzeihung schliessen, als die blossе Fortsetzung der Gemeinschaft⁶⁷. Von einer allgemeinen Regel

62) Vgl. Entscheid des baselstädtischen Appellationsg. 9. Bd. 1. Heft, S. 3 (Urteil v. 14. 3. 1947), Aarg. VJ Schr. 1930, 1; BGE 53 II 440; 69 II 211; ZbJV 81, 233.

63) Vgl. ZbJV 56, 541; SJZ 3, 188; 16, 270; 16, 383; 23, 68. a. M. Warnerer S. 768. Er will in der Regel in fortdauerndem, dem natürlichen Bedürfnis entspringendem ehelichen Verkehr den Willen der Ehegatten erkennen, die Ehe fortzusetzen, es sei denn, ganz besondere Umstände rechtfertigten die Annahme, dass diesen ehelichen Beziehungen die Bedeutung der Verzeihung abzusprechen sei (vgl. auch die dort zit. Entscheide des Reichsgerichts).

64) Aarg. VJ Schr. 1926, 1; ZbJV 56, 541; a. M. Fischer-Henle BGB Nr. 3 zu § 1570 und ERG 134, 139. Auch Hinderling S. 49 warnt vor „schematischen Schlussfolgerungen“.

65) Vgl. die Ausführungen auf S. 64 f.

66) Vgl. Egger N. 15 zu Art. 137, Erler S. 303, Staudinger 4b zu § 1570 BGB. a. M. Kalischer S. 50. Er sieht darin generell die Äusserung des Versöhnungswillens.

67) Knus S. 212, Démolombe S. 82, Nr. 77: „Dans ce cas on ne pourra plus dire, que la cohabitation était imposée par les circonstances ou par l'influence dominante de l'un des époux sur l'autre. Il apparaît que l'époux qui a consenti à reprendre a agi en toute liberté et qu'il n'a point dû prendre cette détermination à la légère.“ Vgl. dazu Manuel de Droit Civil Suisse 1er tome S. 237.

muss jedoch auch hier abgesehen werden, da die Gründe, welche den verletzten Teil zum weiteren Verbleiben in der ehelichen Gemeinschaft bewegen, mannigfaltiger Art sein können.

Als erstes kann man einem unschuldigen Gatten nicht zumuten, sein eigenes Heim zu verlassen, um in ein Hotel oder in eine neue Wohnung zu ziehen; anderseits steht ihm kein besonderes Recht zu, den schuldigen Partner kurzerhand aus der Gemeinschaft zu vertreiben. Abgesehen davon können ihn Wohnungsnot oder mangelnde finanzielle Mittel zum Verbleib in der gemeinsamen Haushaltung zwingen.

Des weiteren ist der Fall denkbar, dass sich der Verletzte gar nicht bewusst ist, dass ihm eine *K l a g e b e r e c h t i g u n g* zusteht⁶⁸, oder der Grund für sein Verbleiben kann in blosser *A p a t h i e*⁶⁹ liegen.

Der verletzte Gatte kann aber auch auf der Beibehaltung der gemeinschaftlichen Wohnung beharren, weil er prüfen will, ob es ihm möglich sei, über die erlittene Kränkung hinwegzukommen⁷⁰. Ferner kann sich die Aufrechterhaltung des gemeinsamen Hausstandes aus dem ständigen, wechselseitigen Einfluss, den die Ehegatten fortwährend auf einander ausüben, ergeben, oder sie kann sich aus ihrer gegenseitigen *ö k o n o m i s c h e n A b h ä n g i g k e i t*, erklären⁷¹.

Die meisten dieser Einwände werden jedoch gegenstandslos bei der *W i e d e r a u f n a h m e* des gemeinsamen Hausstandes *n a c h v o r a n g e g a n g e n e r T r e n n u n g*. Die Vermutung wird hier schon näher liegen, dass die Rückkehr einem innern Versöhnungswillen entspringt⁷². Immerhin können auch hier äussere Einflüsse die Rückkehr bedingt haben, wie Vermeidung eines gesellschaftlichen Skandals, eine Scheinehe im Interesse der Kinder oder in nochmaliger letzter Versuch zur Überwindung der Entzweiung⁷³.

68) Vgl. die Verhandlungen im Nationalrat darüber im Sten. Bull. der BV vom Juni 1905, besonders die Ausführungen von Wyss S. 528 und von Brosi S. 531: „Die Fälle der Gegenden, wo es nicht so leicht ist, mit Vertretern des Rechts, den Behörden und Anwälten in Verkehr zu treten, sind in der Schweiz nicht so selten.“

69) BGE 40 II 442, Praxis III, 501, Weiss, Sammlung 1912-21 Nr. 511.

70) BGE 54 II 355. „Diese Möglichkeit müsste dem Verletzten ja genommen werden, wollte der blosser Umstand der Aufrechterhaltung der ehelichen Beziehungen als schlüssiges Indiz für eine Verzeihung gewertet werden.“

71) Démolombe S. 81 Nr. 76: „Le maintien de la vie commune peut avoir eu pour cause la pauvreté des deux époux, ou même l'influence exercée par l'un d'eux sur l'autre et l'état de dépendance de celui-ci.“

72) Vgl. S. 66, Anm. 67.

73) BGE 54 II 355, Erler S. 303.

Selbst die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens liefert also keinen absoluten Beweis der Verzeihung⁷⁴; es muss auch hier dem nach Recht und Billigkeit urteilenden Richter zur Entscheidung überlassen werden, ob die Rückkehr im gegebenen Falle einer völlig freien Entschlussbildung und einem Versöhnungswillen entsprach⁷⁵.

D. Rückzug der Ehescheidungsklage

Die Zurücknahme der bereits angestregten Ehescheidungsklage bedeutet vorerst eine rein zivilprozessrechtliche Handlung. Sie hat zur Folge, dass der Rechtsstreit insofern beendet ist, als der Kläger von der Klageerhebung Abstand nimmt: Nicht unbedingt ist damit aber der Verzicht auf den materiellen Rechtsanspruch verbunden⁷⁶, ⁷⁷. Für einen solchen Rückzug können ganz verschiedene Gründe bestehen, wie Aussichtslosigkeit des Prozesses, Vorhandensein eines Prozessmangels⁷⁸. Grundsätzlich ist zwar die Wiedereinbringung der zurückgezogenen Klage unmöglich, da die gerichtliche Entscheidung, welche den Klagerückzug feststellt, der formellen und materiellen Rechtskraft fähig ist. Der Neuerhebung der zurückgezogenen Klage könnte die „Einrede der abgeurteilten Sache“⁷⁹ entgeggehalten werden⁸⁰. Zulässig ist die Wiedereinbrin-

74) Vgl. Knus S. 212.

75) Démolombe S. 81 f., Nadler S. 33, Knus S. 213: „Kehrt die Ehefrau, die ihren Mann wegen schon geschehener und aus Furcht wegen noch zu gewärtigenden Misshandlungen verlassen hat, nach einiger Zeit wieder freiwillig zu demselben zurück, so darf man darin ein Indiz für erfolgte Verzeihung erblicken.“

76) Vgl. Zürcher Zivilprozessordnung § 104 Abs. 2, Bundeszivilprozessordnung Art. 73 Abs. 1“ . . . der Abstand einer Partei beendet den Rechtsstreit“

77) Lüttgert S. 103 sieht darin nur einen Verzicht auf die durch die Klageerhebung verlangte Entscheidung, nicht aber auf den Rechtsanspruch. Vgl. auch Thurnheer S. 60.

78) Vgl. die Beispiele auf S. 67 und Guldener I S. 248, Anm. 7.

79) Diese sog. exceptio rei iudicatae wird in den Kantonen Zürich, Uri, Schwyz (vgl. Guldener I S. 267 Anm. 72) nur auf entsprechenden Parteiantrag hin berücksichtigt. Vgl. ZPO 106, über den Begriff der Einrede unsere Ausführungen auf S. 99, Anm. 141.

80) Die Unzulässigkeit der Neuerhebung einer zurückgezogenen Klage ergibt sich in einzelnen Kantonen (Zürich, Schwyz, Wallis, Schaffhausen) aus dem Grundsatz, dass der Kläger verpflichtet sei, den Prozess fortzuführen oder anzuerkennen, dass der eingeklagte Anspruch zur Zeit oder in der Art, wie er erhoben wurde, nicht bestehe (Art. 127, Ziff. 4 ZPO, Guldener I S. 249 und 206 Anm. 49).

gung aber dann, wenn der Rückzug im Hinblick auf die Behebung eines prozessualen Mangels, zum Zwecke der sofortigen Wiedereinbringung der Klage erfolgte⁸¹.

In der blossen Klagezurücknahme liegt offensichtlich noch kein Beweis für eine Verzeihung⁸². Es sind dazu noch weitere Umstände erforderlich, die den Schluss auf einen vorhandenen Versöhnungswillen zulassen⁸³.

E. Verstreichenlassen der Verjährungsfrist

Neben den unter A bis D erwähnten Ausdrucksmöglichkeiten stillschweigender Verzeihung gibt es noch andere, weniger gebräuchlichere Arten, den Versöhnungswillen zu bekunden. Sie alle enumerativ zu erfassen, wäre unmöglich, da ihnen, abgesehen von ihrer Mannigfaltigkeit, je nach Milieu, Charakter und Temperament ganz verschiedene Bedeutung zukommt⁸⁴. Es soll hier daher nur noch untersucht werden, ob im unbenützten Ablauf der in Art. 137 Abs. 2 und 138 Abs. 2 ZGB vorgesehene Verjährungsfrist⁸⁵ eine stillschweigende Verzeihung liegt — vorausgesetzt, dass nicht schon in anderer Weise verziehen wurde⁸⁶.

Diese Verjährungsfrist beträgt 6 Monate seit der sicheren, prozessual verwertbaren Kenntnis vom Vorliegen des Scheidungsgrundes und beginnt nicht zu laufen, solange das ehedrecherische Verhältnis oder die Vergehen des Art. 138 andauern⁸⁷.

81) Vgl. Guldener I S. 249, 253; Art. 104, 127 Ziff. 4 ZPO, Art 73 Abs. 2 BZPO.

82) BGE 38 II 29, Tunicia S. 65 Nr. 22a und dort zit. Urteile des Reichsgerichts. a. M. BlZR 43 Nr. 189, Fischer-Henle N. 3 zu § 1570.

83) Lüttgert S. 103, 204; Erler S. 125, Gmür Anm. 23 zu Art. 138, BGE 38 II 30, Praxis I, 422.

84) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 60.

85) Der Abs. 2 von Art. 137 und 138 ZGB bestimmt, dass „die Klage verjährt mit Ablauf von 6 Monaten, seitdem der klageberechtigte Ehegatte den Scheidungsgrund kennt (relative Frist) und in jedem Fall mit Ablauf von 5 Jahren seit dessen Eintritt“ (absolute Frist), wobei für unser Problem nur die relative Frist in Betracht fällt.

86) Vgl. E. Thomas, „Das Erlöschen des Scheidungsrechtes durch Zeitablauf“, Diss. Erlangen 1913.

87) Vgl. Egger 12a zu Art. 137 u. dort SemJud 1923, 559.

Der in der Literatur allgemein vorherrschenden Ansicht, im Verstreichenlassen der Verjährungsfrist liege implicite eine stillschweigende Verzeihung, da die Zeit in sich selbst schon etwas Versöhnliches schliesse⁸⁸, ist nicht beizupflichten⁸⁹.

Zweck dieser Verjährungsbestimmung war lediglich das Bestreben des Gesetzgebers, eine klare Rechtslage zu schaffen, um die Ehe nach einer bestimmten Zeit wieder auf sicheren Boden zu stellen⁹⁰. Es ist jedoch nicht angängig, aus dem Verstreichenlassen der Frist auf einen Versöhnungswillen zu schliessen⁹¹. Gerade bei sensiblen Menschen ist es sehr wohl möglich, dass seit dem Fehltritt des anderen Ehepartners Monate und Jahre vergangen sind, ohne dass sich dasselbe Verhältnis, wie es vor der Verfehlung bestand, je wieder einstellt, weil der Verletzte nicht überwinden, d. h. nicht verzeihen kann⁹².

Zusammenfassend lässt sich für die Form der stillschweigenden Verzeihung im Rechte der Ehescheidung festhalten, dass alle die oben angedeuteten⁹³ Handlungen und Verhaltensnormen zur Annahme berechtigen können, der Versöhnungswille sei beim Verletzten vorhanden. Von einer allgemeinen Regelung stillschweigender Verzeihungsformen muss jedoch auf Grund der gemachten Erwägungen Abstand genommen werden. Es muss somit dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben, ob im konkreten Falle in einem bestimmten Verhalten die stillschweigende Form einer Verzeihung liegt⁹⁴.

88) Dadurch, dass der verletzte Gatte innerhalb der Verjährungsfrist nicht auf Scheidung klagt, bekunde er, dass für ihn die Fortführung der Ehe nicht eine unerträgliche Last bedeute. Vgl. Nadler S. 36 f., Lüttgert S. 233, Hirschberg S. 22, Kalischer S. 51, Motive Bd. IV S. 604, Rossel-Mentha I S. 237.

89) Vgl. Manuel de Droit Civil Suisse I S. 237.

90) Egger Anm. 11 zu Art. 137, Hinderling S. 52.

91) Vgl. Freudenberg S. 49 ff., Davidsohn S. 92.

92) Weitere Gründe, die gegen eine Anhebung der Scheidungsklage innerhalb der gestellten Verjährungsfrist sprechen s. Jckowicz S. 96 f., Katz S. 83 f., Démolombe S. 83 („un sentiment de pitié pour le coupable“), Bieler S. 60: Unmöglichkeit der Rückgewähr des Eingebachten.

93) Das Vorliegen mehrerer konkludenter Handlungen im selben Falle wird mit entsprechend grösserer Wahrscheinlichkeit auf das Vorhandensein eines Versöhnungswillens schliessen lassen.

94) Vgl. Warneier S. 767, Zachariae S. 104 f., ERG Band 105, S. 106, Hinderling S. 49 f.

III. Die Form der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit

A. Vorbemerkung

Die Verzeihung bildet den einzigen Aufhebungsgrund der Erbunwürdigkeit. Sie wird als rechtskräftig angenommen, wenn der Erblasser durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass er die Verfehlung des Erbberechtigten, welche ipso iure die Erbunwürdigkeit zur Folge hatte, überwunden hat und wenn das gestörte Pietätsverhältnis wieder hergestellt ist^{94a}. Ihre Form im Rechte der Erbunwürdigkeit ist nicht von derselben Bedeutung und bedarf nicht der gleichen Ausführlichkeit wie bei der Ehescheidung, denn es handelt sich hier um durchwegs schwere Verfehlungen, die unmittelbar gegen den Erblasser selbst gerichtet sind. Dies ermöglicht es in der Regel dem Verletzten, das Verbrechen viel rascher und in seiner vollen Tragweite zu realisieren und seiner Erbitterung direkt und unmissverständlich Ausdruck zu verleihen.

Dieser Umstand berechtigt infolgedessen zur Annahme, dass der Erblasser, wenn er sich schon zu einer Verzeihung durchgerungen hat, diese, wenn nicht gerade ausdrücklich, so doch in einem sehr eindeutigen konkludenten Verhalten äussern wird⁹⁵.

B. Ausdrückliche Verzeihung

Aus den vorangehenden Erwägungen geht hervor, dass die ausdrückliche Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit die vorherrschende Form ist. Formerfordernisse bestehen hier selbstverständlich ebensowenig wie im Rechte der Ehescheidung. Der verletzte Erblasser muss seinen Versöhnungswillen also nicht unmittelbar seinem unwürdigen Erben gegenüber bekunden, sondern er kann ihn auch einem Dritten zu erkennen geben, da die Verzeihung keine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt⁹⁶; ja sie bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit nicht einmal der Kenntnis durch den neuerdings Erb-

94a) Vgl. S. 71. Vgl. die Ausführungen auf S. 23 und S. 51 oben. Huggler S. 127.

95) Diese Annahme wird bekräftigt durch die Tatsache, dass seit Bestehen des Bundesgerichtes noch nie ein Prozess über Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Verzeihung gegenüber dem Erbunwürdigen angestrengt wurde. Vgl. auch Kalischer S. 52 f.

96) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 54 f.

berechtigten. So kann z. B. ein Sohn, der nach einem missglückten Tötungsversuch auf seinen Vater ins Ausland geflüchtet war, erst nach dessen Tod von der ihm zuteil gewordenen Verzeihung Kenntnis erlangen⁹⁷.

Die in der Literatur sehr umstrittene Frage nach der Zulässigkeit der bedingten Verzeihung haben wir weiter oben⁹⁸ in dem Sinne entschieden, dass die an die Verzeihung geknüpfte Bedingung rechtlich bedeutungslos ist. Die bedingt erklärte Verzeihung wird der gewährten Verzeihung gleichgestellt⁹⁹. Hat also beispielsweise ein Erblasser dem unwürdigen Erben unter einer bestimmten Bedingung verzeihen, stirbt jedoch vor der Erfüllung derselben durch den Unwürdigen, so kann sich der Erbe dennoch auf die Verzeihung berufen. Der Richter hat sie, sofern sie nachgewiesen werden kann, zu berücksichtigen^{100, 101}.

C. Stillschweigende Verzeihung

Neben der ausdrücklichen Form der Verzeihung muss auch der stillschweigenden Äusserung des Versöhnungswillens im Rechte der Erbunwürdigkeit rechtliche Bedeutung beigemessen werden¹⁰². Im Prinzip sind dabei die selben Ausdrucksformen denkbar, die wir im Rechte der Ehescheidung einer ausführlichen Betrachtung unterzogen haben¹⁰³.

Ob sich eine Verzeihung überhaupt mit dem Institut der Erbunwürdigkeit vereinbaren lässt, ist ganz davon abhängig, welcher der im Gesetze genannten vier Tatbestände die Ursache der Erbunwürdigkeit bildet.

97) Ein anderes Beispiel: Der Erblasser erklärt auf seinem Sterbebette dem ihm zusprechenden Priester gegenüber, er verzeihe dem Unwürdigen die verwerfliche Tat.

98) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 55 ff.

99) a. M. Egger N. 15 zu Art. 137, unsere Ausführungen S. 58 oben.

100) Vgl. Müller S. 38.

101) Im übrigen gelten für die ausdrückliche Form der Verzeihung im Institut der Erbunwürdigkeit sinngemäss die Ausführungen auf S. 58 ff.

102) Vgl. Bindschedler S. 145, Motive V S. 524 und S. 443: „Eine ausdrückliche Verzeihung wird nicht gefordert, es genügt die Wiederherstellung der dem verwandschaftlichen Verhältnis entsprechenden, innigen Beziehungen.“ Escher Nr. 16 zu Art. 540 Abs. 2, Staudinger V. S. 1006-7.

103) Vgl. die Ausführungen auf S. 62 ff.

a) Auf Grund von Art. 540 Ziff. 1 ZGB

Der erste der im Gesetze limitativ aufgezählten Erbunwürdigkeitsgründe erfasst die vorsätzliche Tötung des Erblassers durch den Erben oder den Versuch dazu¹⁰⁴.

Lässt sich aber eine Verzeihung der Tötung denken? Sicher ist es möglich, dass der tödlich verwundete Erblasser seinen Verzeihungswillen in manchen Fällen, sei es ausdrücklich, sei es durch eine deutlich darauf hinweisende Geste, zu verstehen geben vermag¹⁰⁵. Voraussetzung einer rechtsgültigen Verzeihung ist aber auch hier, dass er den Tatbestand wirklich realisiert hat.

Bei einem missglückten Tötungsversuch lassen sich mannigfaltige Formen stillschweigend Verzeihung denken, so die Wiederaufnahme des erbunwürdigen Kindes in den Haushalt des Erblassers¹⁰⁶ oder die trotz Kenntnis des Erbunwürdigkeitsgrundes an den Unwürdigen erfolgte Zuwendung des Erblassers in einer Verfügung von Todes wegen¹⁰⁷. Ferner lassen sich, wenn das Verhältnis von Erblasser zu Unwürdigem zwischen den beiden Ehegatten besteht, all die verschiedenartigen Formen der stillschweigenden Verzeihung zutreffend anwenden, wie sie uns im Rechte der Ehescheidung begegnet sind¹⁰⁸. Als Beispiele seien erwähnt die Leistung der ehelichen Pflicht und die Fortsetzung oder Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft¹⁰⁹.

b) Auf Grund von Art. 540 Ziff. 2 ZGB

Das Vergehen gegen die Verfügungsfreiheit des Erblassers bildet den zweiten Erbunwürdigkeitsgrund in unserem Ge-

104) Art 540 Ziff. ZGB: „Unwürdig Erbe zu sein oder aus einer Verfügung von Todeswegen irgend etwas zu erwerben ist, wer vorsätzlich und rechtswidrig den Tod des Erblassers herbeiführt oder herbeizuführen versucht hat.“ Der Täter muss dabei nicht den Willen gehabt haben, sich die Erbschaft anzueignen. Vgl. Rohr S. 36, Tour ZGB S. 491.

105) Z. B. Die symbolische Übergabe eines alten Familienerbstückes oder die Segnung des Täters. Vgl. auch Staudinger V. S. 1006 f. a. M. Tuor Komm. S. 495, Escher S. 506, gl. M. Eck S. 85.

106) Bindschedler S. 145, Rohr S. 60.

107) Kennt jedoch der Erblasser das Vergehen des Erben in seinem vollen Umfange, glaubt aber aus Rechtsunkenntnis dennoch verpflichtet zu sein, dem Täter seinen Pflichtteil zuzuweisen, so kann in dieser Zuwendung keine Verzeihung liegen. Vgl. Bindschedler S. 146 und dort die Anm. 1. Huggler S. 132.

108) Vgl. die Ausführungen auf S. 62 ff.

109) Es sei auch an dieser Stelle nochmals betont, dass diese Handlungen nicht implicite eine Verzeihung in sich schliessen. Es ist dabei ganz auf die besonderen konkreten Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen. Vgl. darüber unsere Ausführungen auf S. 63-70.

setz¹¹⁰. Dieser Erbunwürdigkeitsgrund, der sich gegen die erblasserische Testierfreiheit richtet, wird sich wohl kaum mehr aufheben lassen, da der Erblasser durch die Zerstörung seiner geistigen oder körperlichen Integrität gar nicht mehr fähig ist, rechtswirksam zu verzeihen. Wenn die Verfügungsunfähigkeit auf den Verlust der Urteilsfähigkeit zurückzuführen ist, dann fehlt eben eine wesentliche, materiellrechtliche Voraussetzung der Verzeihung¹¹¹ da der Erblasser ausser Stande ist, das Vergehen in seiner vollen Tragweite zu ermes-

sen. Andererseits kann der Erblasser, obwohl im Vollbesitz seiner Urteilsfähigkeit, in seiner physischen Bewegungsfreiheit derart eingeengt sein, dass ihm jede Möglichkeit genommen ist, dem Erben seine Tat zu verzeihen. Man denke z. B. an den Fall, wo der Erbe den Erblasser lebenslänglich¹¹² seiner Freiheit beraubt und ihm so die Kontaktnahme mit der Umwelt unterbindet¹¹³.

Der Art. 540 Ziff. 2 schliesst somit per se die Aufhebung der Erbunwürdigkeit durch eine Verzeihung aus¹¹⁴.

c) Auf Grund von Art. 540 Ziff. 3 ZGB

Das hier geregelte Vergehen gegen den Verfügungswillenden¹¹⁵ unterscheidet sich vom Vergehen gegen die Verfügungsfähigkeit dadurch, dass bei jenem die Tat eine dauernde Verfügungsfähigkeit zur Folge hatte, während das Verbrechen des Erben im Tatbestand des Art. 540 Ziff. 3 darauf gerichtet ist, eine bestimmte Verfügung zu errichten, abzuändern oder aufzuheben. Es handelt sich also beim vorliegenden Tatbestand nicht um eine dauernde, sondern um eine einmalige Verhinderung der freien Willensbil-

110) Nach Art. 540 Ziff. 2 ist erbunwürdig: „wer den Erblasser vorsätzlich und rechtswidrig in einen Zustand bleibender Verfügungsunfähigkeit gebracht hat.“ Damit ist die Unfähigkeit gemeint, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben. (Schindlbeck S. 23).

111) Vgl. die Ausführungen auf S. 37 ff.

112) Die Verfügungsunfähigkeit muss vom Momente ihres Eintritts bis zum Tode des Erblassers gedauert haben, Vgl. Bindschedler S. 84.

113) Wenn die Tat nur den Verlust des Schreib- oder Sprechvermögens nach sich zieht, so stehen dem Erblasser noch andere Ausdrucksformen offen, seine Verzeihung kund zu geben. Der Tatbestand des Art. 540 Ziff. 2 verlangt aber, dass dem Erben jegliche Äusserungsmöglichkeit genommen ist. Vgl. Curti Erbrecht S. 443, Rohr S. 37, Rossel-Mentha S. 129 f.

114) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 52.

115) Nach Art. 540 Ziff. 3 ZGB ist erbunwürdig, „wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht hat oder daran verhindert hat, eine Verfügungen von Todeswegen zu errichten oder zu widerrufen.“ Huggler S. 83.

dung, einer Beeinträchtigung der erblasserischen Testierfreiheit. Theoretisch bietet sich dem Erblasser, wenn er wieder aus dieser Zwangslage befreit ist, die Möglichkeit, in freier Entschlussbildung und nach freiem Ermessen zu beurteilen, ob er dem Unwürdigen diese Tat verzeihen wolle. Die Verzeihung wird sich, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgt, im Rahmen der auf S. 73 erwähnten Formen manifestieren.

d) Auf Grund von Art. 540 Ziff. 4 ZGB

Im Unterschied zu den drei bisher genannten Erbunwürdigkeitsgründen, liegt im Tatbestand des Art. 540 Ziff. 4 ein **Vergehen gegen die Verfügung** und nicht gegen die Person des Erblassers¹¹⁶ vor. Es muss eine Beseitigung oder Vernichtung einer Verfügung von Todeswegen unter Umständen erfolgt sein, die deren Erneuerung verunmöglichen. Dies wird dann zutreffen, wenn die Tat entweder nach dem Tode des Erblassers verübt wurde, oder wenn dieser unterdessen verfügungsunfähig geworden ist, oder wenn das Vergehen dem Erblasser bis zum Tode gänzlich unbekannt blieb¹¹⁷.

Eine Verzeihung ist also auch bei diesem vierten, wie schon beim zweiten Erbunwürdigkeitsgrund, **begrifflich ausgeschlossen**, da entweder das Requisit der Urteilsfähigkeit seitens des verzeihenden Erblassers fehlt¹¹⁸ oder diesem das gegen ihn gerichtete Delikt gar nicht bekannt wurde.

Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass der Verzeihung nur in zwei von vier Erbunwürdigkeitsgründen rechtliche Wirkung zugesprochen werden kann, nämlich bei Tötung oder Tötungsversuch¹¹⁹ und beim Vergehen gegen den erblasserischen Verfügungswillen¹²⁰. Wie wir zu Beginn dieses Kapitels festgestellt haben, wird der Veröhnungswille in der Regel ausdrücklich geoffenbart werden; eine stillschweigende Verzeihung ist dann nicht ausgeschlossen, wenn entsprechende konkludente Handlungen un **zweideutig** den Veröhnungswillen erkennen lassen. Im Gegensatz zur Ehescheidung kann jedoch im Institut der Erbunwürdigkeit nicht darüber diskutiert wer-

116) Vgl. Art. 540 Ziff. 4 ZGB: „Erbunwürdig ist, wer eine Verfügung von Todeswegen vorsätzlich und rechtswidrig unter Umständen, die dem Erblasser deren Erneuerung nicht mehr ermöglichen, beseitigt oder ungültig gemacht hat.“ Huggler S. 92.

117) Vgl. Bindschedler S. 123, Escher S. 505, Tuor Komm. S. 494.

118) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 52, 37.

119) Art. 540 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, unsere Ausführungen auf S. 73 f.

120) Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, unsere Ausführungen auf S. 74.

den, ob es dem Willen des Verletzten tatsächlich entsprach, einer Handlung die Bedeutung einer Verzeihung beizumessen, da diese normalerweise erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht wird. Es besteht daher ein tieferer Grund, wenn im Rechte der Erbunwürdigkeit die ausdrückliche Verzeihung als vorherrschender Form statuiert wird, die stillschweigende hingegen nur Berücksichtigung findet, wenn der Versöhnungswille ganz klar ersichtlich ist. Bekanntlich übertrifft ja überhaupt das Erbrecht bezüglich Formenstrenge die gesamte übrige Rechtsordnung^{121, 122}. Unter diesem Gesichtspunkt liesse sich, im Interesse einer verstärkten Beweissicherung, die Forderung nach einem bestimmten Formerfordernis der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit erheben. Vergewärtigt man sich aber, dass die Verzeihung etwas irrationales, der Ausdruck eines Gefühls, einer Gemütsbewegung ist, so lässt sich diese Forderung mit dem Wesen der Verzeihung kaum auf einem gemeinsamen Nenner bringen.

Es wird daher von jeder kasuistischen Regelung der Formen der Verzeihung Abstand genommen, womit dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum gelassen wird¹²³.

121) Vgl. die Ausführungen Tuors ZGB S. 334.

122) So existieren z. B. im Familienrecht für das Verlöbniß keine Formerfordernisse, und im Obligationenrecht herrscht grundsätzlich Formfreiheit. Vgl. Art. 11 Abs. 1 OR: „Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.“

123) Vgl. auch die Ausführungen Zachariaes S. 104 f. Anm. 3.

3. ABSCHNITT: DIE WIRKUNG DER VERZEIHUNG

I. Vorbemerkung

Die Folgen, die der Vorgang der Verzeihung zeitigt, sind verschiedener Art. In erster Linie ergibt sich daraus eine *ethische Wirkung*¹. Die Verzeihung bewirkt nämlich vorerst, dass das *sittliche Verhältnis*, welches zwischen der verletzten und der verletzenden Person bestanden hatte und das durch ein Delikt der Letzteren zerstört wurde, wieder hergestellt wird. Der innere Zwiespalt, der sich zwischen den Ehegatten oder zwischen Erblasser und Erbe aufgetan hatte, ist wieder überbrückt worden.

Abgesehen von dieser ethischen Wirkung, die der Verzeihung im täglichen Leben zukommt, misst ihr der schweizerische Gesetzgeber in zwei Fällen, im Rechte der Ehescheidung und der Erbwürdigkeit, auch eine *iuristische Bedeutung* bei, die im folgenden, getrennt nach den beiden erwähnten Instituten, behandelt werden.

II. Die Wirkung der Verzeihung im Rechte der Ehescheidung

A. Allgemeines

a) Verlust des Klagerechtes

Die Person, die verzeiht, muss sich gar nicht bewusst sein, dass die gewährte Verzeihung eine rechtliche Wirkung nach sich zieht². Diese

1) Vgl. Freudenberg S. 11, Hornimann in Wharton's Law Lexicon, S. 624: „The effect of a pardon is to make the offender a new man, to acquit him of the penalties and not so much to restore his former, as to give him new credit and capacity.“ Vgl. Anm. 68 auf S. 89 unserer Ausführungen.

2) Dies entspricht dem Charakter der Verzeihung als Rechtshandlung, die im Gegensatz zum Rechtsgeschäft nicht um ihres Erfolges willen zum Abschluss gelangt; Vgl. die Ausführungen über die iuristische Natur der Verzeihung auf S. 28 ff. und über die empfangsbedürftigen Willenserklärungen auf S. 54. Ebenso wenig muss sich der Verzeihende bewusst gewesen sein, dass die verzeihene Handlung einen Scheidungsgrund darstellte.

knüpft sich ipso iure an die im Gesetze erwähnten Tatbestände der Art. 137 und 138 ZGB³⁾.

Diese rechtliche Wirkung besteht nun, wie schon weiter oben betont wurde, darin, dass die Verzeihung das Klagerecht auf Ehescheidung, welches dem verletzten Ehegatten aus dem nunmehr verzeihenden Vergehen zugestanden wurde, zum Erlöschen bringt⁴⁾. Der Verzeihung kommt also rechtsvernichtende Wirkung zu; sie hat nicht nur die Funktion einer Einrede des schuldigen Teils⁵⁾. Aus diesem Grunde muss sie auch dann von Amtes wegen berücksichtigt werden, wenn sie nicht unmittelbar von einer Partei geltend gemacht wird⁶⁾.

Ein Delikt, das einmal verziehen wurde, kann nie mehr als selbstständiger Grund zur Anstrengung einer Ehescheidungsklage herangezogen werden⁷⁾. Ein Widerruf der Verzeihung liesse sich mit deren Wesen nicht vereinbaren, da ein innerer Vorgang sich unmöglich wieder rückgängig machen lässt^{8), 9)}.

b) Spätere Berücksichtigung verziehender Tatsachen

Wenn auch die einmal verziehenden Tatbestände der Art. 137 und 138 ZGB als selbständige Ehescheidungsgründe nicht mehr in Be-

3) Vgl. Egger N. 18 zu Art. 137, Freudenberg S. 54, Kaus S. 226, Thurnheer S. 63 f., BGE 54 II 355, Guldener II. S. 414.

4) z. B. Ehebruch und Nachstellung nach dem Leben, schwere Ehenarkose und Misshandlung, vgl. das entsprechende Kapitel auf S. 43 f., 41 ff.

5) Vgl. Briner S. 119, Motive IV S. 822 f., unsere Ausführungen S. 98.

6) Vgl. später S. 98 f.

7) Etwas anderes käme u. U. einer bedingten Verzeihung gleich, insofern als der klagende Ehegatte sich darauf berufen könnte, er habe nur verziehen unter der stillschweigenden Bedingung, dass sich das eheliche Verhältnis wieder bessere. Dies sei aber nicht der Fall, er möchte die Ehe jetzt doch geschieden haben, da die Aussohnung, wie es sich jetzt herausstelle, keine dauerhafte gewesen sei.

8) Gmur N. 25 zu Art. 137, Muser S. 112, Bieler S. 71, Freudenberg S. 12 und S. 73, Endemann II S. 242, Esler S. 300. Unsere Ausführungen auf S. 100.

9) Die Wirkung der Verzeihung eines Ehebruchs als strafrechtlicher Tatbestand ist eine doppelte. Der Art. 214 Abs. 1 StGB bestimmt: „Der Ehegatte, der einen Ehebruch begeht und sein Mitschuldiger werden auf Antrag des beleidigten Ehegatten mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft, wenn die Ehe wegen dieses Ehebruchs geschieden oder getrennt wurde.“ Abs. 4 lautet: „Kein Antragsrecht hat der Ehegatte, der dem Ehebruch zugestimmt oder verziehen hat.“ Durch die Verzeihung verliert also der unschuldige Gatte das Antragsrecht sowohl gegen den schuldigen Partner als auch gegen dessen Komplizen. Vgl. darüber Alphons Müller S. 42.

tracht fallen, so lassen sie sich eventuell in einem neuen Scheidungsprozess¹⁰ dennoch wieder berücksichtigen¹¹. Die betreffende Tat, die, obschon verziehen, die Grundlage zu dem nachfolgenden ehelichen Zerwürfnis bildet, wird durch die Verzeihung nicht *ungeschehen* gemacht¹². Die Schuld an der durch das Unrecht hervorgerufenen und seither bestehenden Zerrüttung bleibt bestehen¹³. Aus diesem Zustand der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses entsteht das Recht auf Scheidung¹⁴.

Es spielt daher keine Rolle, ob der verzieheene vom neuen Scheidungsgrund verschieden oder gleichartig ist¹⁵, solange er sich eignet, die neue Klage zu unterstützen und dem Richter die Beweiserbringung zu erleichtern¹⁶. Dies ist in zahlreichen Fällen denkbar; so bedeutet z. B. ein verziehener Ehebruch ein wertvolles Indiz für den an sich schwierig nachzuweisenden „unehrenhaften Lebenswandel“ nach Art. 139 ZGB¹⁷. Allgemein lässt sich mancherorts aus dem verziehenen Verhalten die prinzipiell der Ehe gegenüber bekundete Gesinnung der Ehegatten entnehmen¹⁸. Der verzieheene spezielle Scheidungsgrund wird also in der Hauptsache zur

10) Eines neuerlichen Beweises derselben bedarf es in diesem Falle nicht mehr. Vgl. Zachariae S. 104.

11) BGE 39 II 183; BJZR 43, 121; 48, 35; im ähnlichen Sinne auch BGE 50 II 319; vgl. BGB § 1573: „Tatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gestützt werden kann, dürfen zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründete Scheidungsklage geltend gemacht werden.“ Vgl. Cc Art. 273.

12) a. M. Windscheid, Pandekten III. S. 388 Anm. 15: „Eine verzieheene Schuld ist gar keine Schuld mehr.“

13) Vgl. X. Lienert: „Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht.“ Diss. Zürich 1950 S. 46.

14) Vgl. den allgemeinen Scheidungsgrund aus Art. 142 ZGB: „Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf, so kann jeder Ehegatte auf Scheidung klagen.“ Vgl. BGE 53 II 440, Praxis 17 Nr. 21.

15) Selbstverständlich vermag das Vorliegen eines gleichartigen, bereits einmal verziehenen Deliktes unter Umständen dem Scheidungsbegehren des klagenden Ehegatten mehr Nachdruck zu verleihen, als das eines anders gearteten. Vgl. Freudenberg S. 56 f., Lüttgert S. 239 ff., Gmür N. 25 zu Art. 138.

16) Vgl. die Ausführungen von Katz S. 37 f., Zachariae S. 106, Lüttgert S. 238 ff.

17) „Hat ein Ehegatte ein entehrendes Verbrechen begangen oder führt er einen so unehrenhaften Lebenswandel, dass die Fortsetzung einer ehelichen Gemeinschaft dem anderen Ehegatten nicht zugemutet werden darf, so kann dieser jederzeit auf Scheidung klagen.“

18) Vgl. Katz S. 38: „Aus dem verziehenen Verhalten kann gegebenenfalls geschlossen werden, ob dem beklagten Teile die nunmehr als Scheidungsgrund verwertete Handlung zuzutrauen ist.“

Charakterisierung und zum Beweis des allgemeinen Scheidungsgrundes angerufen werden¹⁹. Demgemäss schliesst die Verzeihung eines speziellen Scheidungsgrundes die Erhebung der Scheidungsklage wegen tiefer Zerrüttung gemäss Art. 142 ZGB nicht aus²⁰. Wenn anderseits ein Ehegatte im Scheidungsprozess aus Rücksicht gegenüber dem anderen Ehepartner in der Absicht, diesen vor Strafe zu bewahren, auf die Anwendung des absoluten Scheidungsgrundes wegen Ehebruch verzichtet, jedoch eine Verzeihung ausdrücklich ablehnt, so hat das Gericht die Scheidung trotzdem auf Art. 137 ZGB zu stützen²¹, und nicht auf den generellen Scheidungsgrund des Art. 142 ZGB. Diesem kommt, wie wir später sehen werden²², eher subsidiäre Bedeutung zu. Sofern ein spezieller Scheidungsgrund vorliegt, muss dieser zuerst vom Richter berücksichtigt werden²³.

Die Wirkung der Verzeihung tritt ein, sobald dieser Ausdruck verliehen worden ist, unabhängig davon, ob dies in Gegenwart des schuldigen Ehegatten geschieht²⁴, oder ob sich der Verzeihende der Rechtswirkungen bewusst ist oder nicht²⁵. Die Verzeihung ist rechtsgültig, auch wenn sie der Verzeihende nicht gewährt hätte, wäre ihm die Wirkung bekannt gewesen²⁶. Denn im Hinblick auf das Bestreben, die Ehe wenn irgend wie möglich zu erhalten, soll der Verzeihungswille des verletzten Gatten, der die Möglichkeit zur erspriesslichen Weiterführung des ehelichen Verhältnisses bietet, das Erlöschen des Scheidungsanspruches zur Folge haben.

19) Vgl. Weiss, Sammlung 1912-21 Nr. 513, 552.

20) BGE 53 II 440, ebensowenig wie ein Ehegatte, der seiner Gattin einen ausserehelichen Geschlechtsverkehr, durch welche diese geschwängert wurde, verzeiht, auch auf die Ehelichkeitsanfechtungsklage nach Art. 253 ZGB verzichtet. Vgl. BGE 61 II 301; SJZ Band 2 S. 31 Nr. 175.

21) Vgl. Weiss, Sammlung 1912-21 Nr. 514.

22) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 86 ff.

23) Über das Verhältnis des speziellen zum allgemeinen Ehescheidungsgrund vgl. Gmür Nr. 39-46 zu Art. 142 (besonders Nr. 40), BGE 47 II 248, SJZ 9, 15; 16, 86; ZbJV 62, 320, Briner S. 152, Fritz Held: „Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht“, Diss. Zürich 1918 S. 80 ff.

24) Zufolge ihrer nichtempfangsbedürftigen Natur. Vgl. die Ausführungen auf S. 54 f.

25) Dies als Folge ihrer iuristischen Natur als Rechtshandlung und ihres sittlichen Charakters. Vgl. S. 29.

26) Vgl. Lienert S. 47: „Wesentlich ist nicht die Absicht, einen Rechtsanspruch zu löschen, sondern der Wille zur Ehe. Deshalb ist die Kenntnis der rechtlich an die Verzeihung geknüpften Wirkungen nicht unerlässlich.“

B. Das Verhältnis der Verzeihung zu den übrigen Scheidungsgründen des ZGB

a) P r o b l e m a t i k

Das Bundesgesetz betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dezember 1874²⁷ erwähnt das Institut der Verzeihung noch mit keinem Wort. Es wurde aber damit nicht ein absichtlicher Ausschluss dieses Verteidigungsmittels bezweckt²⁸. Der Grund dieses Schweigens ist offensichtlich eine U n t e r l a s s u n g s s ü n d e des Gesetzgebers²⁹. So hat denn das Bundesgericht in einem alten, grundlegenden Entscheid aus dem Jahre 1884 ein für allemal festgelegt, dass der Verzeihung rechtliche Bedeutung zukomme, und dass sie, als ein Institut des materiellen Eherechts, ausschliesslich durch die Bundesgesetzgebung zu regeln sei³⁰.

Darf nun daraus, dass die schweizerische Gerichtspraxis in Anlehnung an ausländisches Recht³¹ der Verzeihung schon vor ihrer Behandlung im Zivilgesetzbuch rechtliche Bedeutung zumass, ohne weiteres gefolgert werden, dass sie nicht nur in den beiden erwähnten Art. 137 und 138 ZGB, sondern per analogiam auch bei allen andern Scheidungsgründen der Art. 139/142 als Klageaufhebungsgrund wirken könne, oder soll sich ihre Wirkung auf diejenigen Tatbestände beschränken, die im Gesetz mit ihr ausgestattet worden sind?

Grundsätzlich muss eine solche a n a l o g e A n w e n d u n g a b g e l e h n t werden³². Es bedeutet einen wesentlichen Unterschied, ob ein Institut im Gesetz überhaupt nicht erwähnt worden ist, weil dies — wie es sich in der Praxis sehr bald herausstellt — vom Gesetzgeber vergessen wurde, oder ob dieses Institut — die Verzeihung — nur

27) Damit wurde das Eherecht für die ganze Schweiz einheitlich kodifiziert, und die geistliche Gerichtsbarkeit wurde durch eine einheitliche national-schweizerische Zivilgerichtsbarkeit ersetzt.

28) „Les silence de la fédérale n'implique point l'exclusion de ce moyen de défense basé su le pardon.“ BGE 10, 112; 30 II 13, 399; JT 51, 308, 52, 14; SemJud 7, 313; ZbJV 17, 494; 42, 494; Urteil des Appellationshofes des Kt. Bern v. 13. 12. 1905.

29) Briner S. 119 schreibt das Fehlen einer diesbezüglichen Bestimmung der mangelhaften und übereilten Kodifizierung des Zivilstands- und Eherechts zu.

30) BGE 10, 112; 53; 53 II 440; Thurnheer S. 49.

31) Sowohl das deutsche BGE als auch der französische Cc erwähnten die Verzeihung ausdrücklich: BGB § 1570, Cc Art. 244.

32) a. M. Knus S. 228 f. ebenso Bänninger S. 215: „Diese Wirkung besteht auch für die übrigen Scheidungsgründe, da die entsprechenden Rechtssätze auch nur eine Klage gewähren, wenn die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann.“

bei drei von den fünf Ehescheidungsgründen weggelassen wurde, bei den übrigen zwei aber vorhanden ist. In diesem Fall wird es sich kaum mehr um ein Vergessen des Gesetzgebers handeln.

Warum die bundesgerichtliche Praxis³³ der Verzeihung im Prinzip dennoch auch bei den übrigen Scheidungsgründen rechtliche Bedeutung zukommen lässt³⁴, bleibt in bezug auf die einzelnen Scheidungsgründe der Art. 139—142 ZGB zu untersuchen.

b) Die Verzeihung beim Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens und unehrenhaften Lebenswandels (Art. 139 ZGB)

Dieser Scheidungsgrund setzt sich aus zwei verschiedenen Tatbeständen zusammen³⁵: 1. Das entehrende Verbrechen und 2. der unehrenhafte Lebenswandel.

1. Ein Verbrechen kann als entehrend bezeichnet werden, wenn darin eine ehrlose Gesinnung des Täters zu tage tritt³⁶. Dass ein Ehegatte ein solches Verbrechen verzeihen kann und somit seines Klagerectes verlustig geht, steht m. E. ausser Zweifel³⁷. Durch eine erfolgte Verzeihung gibt er kund, dass die gesetzliche Vermutung aller speziellen Scheidungsgründe — die Erfüllung eines dieser

33) „Wenn auch die Verzeihung als Klageaufhebungsgrund lediglich bei den Scheidungsgründen der Art. 137 u. 138 ZGB vorgesehen ist, sei damit nicht ausgeschlossen, dass sie nicht auch bei den andern Scheidungsgründen möglich und zu berücksichtigen ist.“ Vgl. Weiss, Sammlung 1922-37 Nr. 1070; Aarg. VJ Schr. Bd. 26 Nr. 1, SJZ 23, 68, BLZR 43, 189. Ebenso BGE 54 II 355: „Es handelt sich hier um ein allgemeines Rechtsprinzip. Es hat denn auch das Bundesgericht unter dem alten ZEG, das auch in Art. 137 und 138 ZGB die Verzeihung nicht gewährte, die Verzeihungsfrage dennoch geprüft, weil es darin einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz erblickte (BGE 10, 112)“.

34) Auch das BGB stattet sämtliche Ehescheidungsgründe mit der Verzeihung als Klageausschliessungsgrund aus: § 1570 BGB: „Das Recht auf Scheidung erlischt in den Fällen der §§ 1565-1568 (im wesentlichen dieselben Gründe wie im ZGB) durch die Verzeihung.“

35) Art. 139 ZGB: „Hat ein Ehegatte ein entehrendes Verbrechen begangen oder führt er einen so unehrenhaften Lebenswandel, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem anderen Ehegatten nicht zugemutet werden kann, so kann dieser jederzeit auf Scheidung klagen.“

36) Dazu können auch politische Verbrechen gezählt werden. Vgl. über den Begriff des entehrenden Verbrechens: SJZ 19, 379; 27, 116; ZbJV 52, 440; Rech-Ber. 1918 Nr. 88, ferner die Kommentare von Egger, Gmür, Curti zu Art. 139 und dort zitierte Literatur und Judikatur. Hinderling S. 62.

37) Gleicher Meinung Briner S. 116, Knus S. 128 ff. a. M. Thurnheer S. 98 f.

Tatbestände habe eine derartige Zerrüttung eintreten lassen, dass ihnen die Weiterführung des ehelichen Lebens nicht mehr zugemutet werden könne³⁸ — nicht zutrifft.

Es liesse sich dagegen der Einwand denken, eine verletzende Handlung könne nur derjenige verzeihen, gegen den sie gerichtet sei; das betreffende Verbrechen richte sich aber gegen einen Dritten, es stehe somit diesem zu, die Verletzung zu verzeihen oder nicht³⁹. Dieser Einwand ist aus folgenden Überlegungen nicht stichhaltig: In diesem Falle wäre auch die Verzeihung beim Ehebruch, nach erfolgter Lebensnachstellung, schwerer Ehrenkränkung und bei Misshandlung fehl am Platze, denn auch hier verstösst der Schuldige nicht nur gegen seinen Ehepartner, sondern auch gegen die allgemeine Rechtsordnung, sofern die strafrechtlichen Tatbestände⁴⁰ erfüllt sind, und gegen die guten Sitten. Durch das entehrende Verbrechen (desgleichen durch die Tatbestände der Art. 137 und 138 ZGB) bringt der schuldige Ehegatte also einerseits einen öffentlich-rechtlichen Strafanspruch des Staates und anderseits einen privatrechtlichen Anspruch auf Scheidung der Ehe zur Entstehung. Dass die Verzeihung keinen Einfluss auf den öffentlichen Strafanspruch des Staates auszuüben vermag, ist einleuchtend. Es soll hingegen im individuellen Machtbereich des mittel- oder unmittelbar verletzten Ehegatten liegen, ob er das ihm zustehende Scheidungsrecht durch Verzeihung aufheben will⁴¹. Gestützt auf diese Erwägungen⁴², muss der Verzeihung beim Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens klageausschliessende Wirkung zugesprochen werden⁴³.

38) Dies setzen auch die speziellen Scheidungsgründe der Art. 137 und 138 voraus, nur werden sie eben vom Gesetzgeber selbst derart gravierend betrachtet, dass dies selbstverständlich erscheint, im Gesetz deshalb gar nicht ausdrücklich erwähnt wurde und daher auch nicht besonders nachzuweisen ist. Vgl. Tuor ZGB S. 139, BGE 53 II 197.

39) „Ob er dies mit rechtlichen Folgen tun kann, hängt vom Gesetz ab, aber auf jeden Fall kann der eine Gatte nicht ein Verbrechen des anderen verzeihen, dessen Spitze gar nicht gegen ihn gerichtet ist.“ (Thurnheer S. 99). Vgl. BGE 53 II 196, SJK Bl 512, JT 1927 S. 572 f.

40) i. e. des Ehebruchs: Art. 214 StGB, des Tötungsversuches Art. 22 f., 111 f., StGB, der schweren Körperverletzung Art. 122 StGB und der Ehrverletzung Art. 137 ff. StGB.

41) Schliesslich treffen derartige Verbrechen, wenn auch indirekt, den andern Ehepartner aufs schwerste.

42) Keinesfalls etwa aus blossen Analogiegründen, wie dies Briner auf S. 163 annimmt. Vgl. die ablehnende Haltung Gmürs N. 6 zu Art. 139.

43) Und zwar mit derselben Berechtigung, wie sie den Scheidungsgründen der Art. 137 und 138 ZGB zukommt. Vgl. die zutreffenden, diesen Ausführungen zu Grunde liegenden Bemerkungen von Knus S. 228 ff.

Der Grund für die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Verzeihung in Art. 139 ZGB nicht *expressis verbis* erwähnt hat, liegt in folgendem:

Wohl ist der vollständige Ablauf der Verzeihung beim entehrenden Verbrechen begrifflich möglich, da in diesem ohne Zweifel eine einmalige, schwere Verletzung ehelicher Pflichten liegt. Sie hat den anderen Partner in seinem Innern schwer verletzt und kann deshalb von diesem auch wieder verziehen werden⁴⁴. Hingegen stellt der 2. Tatbestand des Art. 139, der *unehrenhafte Lebenswandel*⁴⁵, wie aus dem Wortlaut hervorgeht, einen *dauernden* Zustand dar⁴⁶. Der Verzeihungsvorgang ist daher begrifflich ausgeschlossen, da dem unschuldigen Gatten das Klagerecht nur solange zusteht, als der andere diesen Lebenswandel tatsächlich führt⁴⁷.

Dieser zweite Ehescheidungsgrund des Art. 139 ist im Zivilgesetzbuch *neu* hinzugekommen⁴⁸ und bildete in der nationalrätlichen Beratung Gegenstand lebhafter Diskussionen⁴⁹. Das Hauptinteresse bei der Abstimmung konzentrierte sich auf diesen Zusatz, und weil hier — wie wir festgestellt haben — der Verzeihung nicht die Wirkung eines Klageausschlussgrundes zukommt⁵⁰, geriet auch deren

44) ebenso die vorherrschende Meinung in Wissenschaft und Rechtssprechung. Vgl. Knus S. 230 Anm. 113, RechBer. 1922 Nr. 58, ZbJV 42, 494, SJZ 9, 192; 24, 42.

45) Der Lebenswandel muss dergestalt sein, dass die Ehre und das Ansehen beim anderen Ehegatten sowie bei der Umwelt auf dem Spiel steht. Vgl. über den Begriff des „unehrenhaften Lebenswandel“ Held S. 83, Gmür N. 7 zu Art. 139, Egger N. 3 zu Art. 139, Tuor ZGB S. 140 N. 3, Erler S. 287, SJZ 17, 248, Curti N. 6 zu Art. 139.

46) Nach den Ausführungen Brenners im Nationalrat stellt er einen Spezialfall des Art. 142 ZGB dar: Sten.Bull. 1905 S. 1064.

47) Andererseits lässt sich kaum ein Fall denken, wo beispielsweise der Mann ein Bordell führt, die Frau vorerst sich durch dieses Gewerbe verletzt fühlt, dann aber plötzlich aus freier, innerer Überzeugung diesen Unterhalt billigt und verzeiht. Solange ein unehrenhaftes Verhalten des Einen vorliegt, kann der Andere auf Scheidung klagen und während dieser Zeit wird er auch nicht verzeihen können.

48) Das kantonal-zürcherische Recht nannte ihn in § 193; das ZEG nannte ihn nicht *expressis verbis*, sein Tatbestand wurde unter Art. 17 subsummiert. Im Vorentwurf war dann von ihm die Rede in Art. 161, wurde dann aber im Entwurf wiederum gestrichen (Art. 146).

49) Vgl. Sten.Bull. S. 536, 541, 1023 ff., 1056.

50) Nur in einer Beziehung kann die Verzeihung bei diesem Scheidungsgrund Berücksichtigung finden: In der Frage nach der Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft. Erklärt z. B. der unschuldige Teil, er verzeihe dem Andern seine verwerfliche Lebensart, so ist damit ein wichtiges Indiz dafür gegeben, dass den beiden die Fortsetzung der Ehe *zugemutet* werden kann. Vgl. Gmür N. 11 zu Art. 139, Briner S. 163, Knus S. 232.

Anwendungsmöglichkeit beim entehrenden Verbrechen in Vergessenheit.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Verzeihung beim entehrenden Verbrechen dieselbe rechtvernichtende Wirkung hat wie in den Art. 137 und 138 ZGB, dass hingegen der unehrenhafte Lebenswandel als ein andauernder Zustand sich mit dem Wesen der Verzeihung nicht trägt.

c) Die Verzeihung beim Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung

Nach Art. 140 ZGB⁵¹ steht dem verlassenen Ehegatten das Recht auf Scheidung der Ehe zu, solange der Zustand der böswilligen Verlassung andauert. Dieser Scheidungsgrund verlangt, dass die Abwesenheit böswillig, d. h. willentlich und unbefugt sei, und dass sie mindestens 2 1/2 Jahre gedauert habe⁵². Dass die Verzeihung hier unmöglich die rechtliche Wirkung eines Klageausschlussgrundes haben kann, ergibt sich daraus, dass es m. E. dem Wesen der Verzeihung widerspricht, einen Zustand, der zur selben Zeit, wo er als Scheidungsgrund geltend gemacht wird, weiter dauert, zu verzeihen. Entweder klagt der verlassene Ehegatte während der Dauer dieses Zustandes auf Scheidung, oder aber er ist dem anderen Gatten noch derart zugetan, dass er immer noch auf eine Rückkehr hofft. In diesem Falle wird er aber keine Klage anstrengen⁵³. Es liegt also noch keine Verzeihung vor, wenn der Ehegatte den jahrelang böswillig ferngebliebenen Partner wieder in die eheliche Gemeinschaft aufnimmt⁵⁴. In diesem Falle hat der unschuldige Teil es ganz einfach

51) Abs. 1: „Hat ein Ehegatte den andern böswillig verlassen, oder ist er ohne wichtigen Grund nicht zum ehelichen Wohnsitz zurückgekehrt, so kann der andere Ehegatte, solange dieser Zustand andauert, auf Scheidung klagen, wenn die Abwesenheit wenigstens 2 Jahre gewährt hat.“

Abs. 2: „Auf das Begehren des Klageberechtigten hat der Richter den abwesenden Ehegatten, nötigenfalls öffentlich aufzufordern, binnen 6 Monaten zurückzukehren.“

Abs. 3: „Die Klage darf erst nach Ablauf dieser Frist angebracht werden.“

52) Über den Begriff der böswilligen Verlassung s. Egger N. 3, Gmür N. 3 zu Art. 140 ZGB und die dort zit. Literatur und Judikatur. Über die Auslegung von Art. 140 ZGB vgl. SJZ 16 S. 302; Lienert S. 87 ff., Hinderling S. 64 ff.

53) In der richterlichen Aufforderung zur Rückkehr liegt selbstverständlich noch kein Ausdruck der Verzeihung. Es ist dies lediglich eine notwendige Voraussetzung zur Scheidung. Vgl. Knus S. 217.

54) Vgl. Knus S. 232, Gmür N. 21 zu Art. 138, ZbJV 50, 144.

unterlassen, während der Abwesenheit des andern die Scheidungsklage zu erheben. Nach dessen Rückkehr ist nun aber der Tatbestand der böswilligen Verlassung behoben und das Klagerecht damit erloschen.

Hat der verlassene Gatte hingegen während der Abwesenheit des anderen auf Scheidung geklagt, so steht es auch dann in seinem Ermessen, die Ehe wieder fortzusetzen oder die Klage aufrecht zu erhalten⁵⁵, wenn der schuldige Teil zurückkehrt. Die Voraussetzungen für eine zusätzliche Bestimmung im Gesetz, wonach die Verzeihung bei der böswilligen Verlassung die Wirkung eines Klageausschlussgrundes habe, sind ebensowenig gegeben wie beim unehrenhaften Lebenswandel⁵⁶.

d) Die Verzeihung beim Scheidungsgrund der Geisteskrankheit

Dass beim Scheidungsgrund der Geisteskrankheit⁵⁷ die Verzeihung ausser Betracht fällt, ist offensichtlich, da dieser Zustand vom Kranken nicht gewollt ist. Es liegt darum keine willentliche Verletzung des anderen Ehegatten vor. Die materiellen Voraussetzungen einer Verzeihung fehlen bei diesem Tatbestand⁵⁸.

e) Die Verzeihung beim Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses

Der Art. 142 ZGB ist in der Praxis von ausschlaggebender Bedeutung, basieren doch die Mehrzahl der Ehescheidungen auf dieser *clausula generalis*. Sie umfasst alle Tatbestände, welche eine Scheidung der Ehe zur Folge haben können, sofern sie nicht in den

55) Die Verlassung kann u. U. wieder nach Art. 142 ZGB berücksichtigt werden. Vgl. Gmür N. 16 zu Art. 140.

56) Einen Dauerzustand kann man nicht verzeihen, da sich seine Wirkungen ständig erneuern. Vgl. Lienert S. 90, Held S. 85 C, Thurnheer S. 46.

57) Art. 141 ZGB: „Ist ein Ehegatte in einen solchen Zustand von Geisteskrankheit verfallen, dass dem anderen die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann, und wird die Krankheit nach 3jähriger Dauer von Sachverständigen für unheilbar erklärt, so kann der andere Ehegatte jederzeit auf Scheidung klagen.“ Vgl. über den Begriff der Geisteskrankheit Gmür und Egger zu Art. 141 ZGB.

58) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 33 ff., Thurnheer S. 47.

Art. 137—141 ZGB genannt sind⁵⁹. Art. 142 bildet somit eine notwendige Ergänzung der speziellen Scheidungsgründe⁶⁰. Während bei diesen der Gesetzgeber ohne weiteres praesumiert, dass dem unschuldigen Ehegatten die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden kann, muss hier vorerst bewiesen werden, dass die Zerrüttung wirklich eine derart tiefe ist⁶¹. Bei einem nach Art. 142 ZGB gestellten Scheidungsbegehren müssen zwei Tatbestände erfüllt sein: 1. Die tiefe Zerrüttung und 2. die Unzumutbarkeit.

Da die tiefe Zerrüttung, genau wie der unehrenhafte Lebenswandel, die böswillige Verlassung und die Geisteskrankheit, ein andauernder Zustand darstellt, muss der Verzeihung auch in diesem Falle eine direkte Wirkung abgesprochen werden. Es kommt ihr weder rechtsvernichtende noch rechtsverwirkende Bedeutung zu⁶².

Hingegen ist ihr indirekt, in bezug auf die Zumutbarkeit, eine gewisse Bedeutung nicht abzusprechen. Wenn infolge der Verzeihung auch kein bereits gefällttes Scheidungsurteil aufgehoben werden kann, so ist in den übrigen Fällen dennoch ein entscheidendes Indiz dafür gegeben, dass der eheliche Konflikt in seiner subjektiven Auswirkung doch nicht als derart gravierend gewertet werden muss, dass er als Scheidungsgrund in Betracht fallen könnte.

Im übrigen Scheidungsrecht bedeutet die Verzeihung die Überwindung von in der Vergangenheit liegenden Verfehlungen. Beim Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung greift sie in einem Sinne auch in die Zukunft: Der verletzte Gatte selbst empfindet es nicht als eine unmögliche Zumutung⁶³, die Ehe mit dem schuldigen Partner fortzusetzen. Somit wird aber das zweite Tatbestandsmerk-

59) Art. 142 ZGB lautet: „Ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf, so kann jeder Ehegatte auf Scheidung klagen. Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.“

60) Vgl. Briner S. 14, Hildebrandt's Betrachtungen zu Art. 142 ZGB in „Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur“, Heft 10, Januar 1947, ferner die Dissertationen von Roth und Held zit. im Literaturverzeichnis.

61) Vgl. Held S. 47 ff., Gmür N. 6 zu Art. 142. Ein anschauliches Beispiel hiefür liefert der verzeihene Ehebruch. Die Verzeihung bildet den Beweis dafür, dass jenes Verbrechen nicht geeignet war, die Ehe so tief zu zerrütten, als dass sie aufgelöst werden müsste. Vgl. BGE 53 II 440, Praxis 17 Nr. 21.

62) Vgl. Roth S. 42 f. über die Verzeihung bzw. Pflicht zur Verzeihung in Art. 142 ZGB.

63) Die Frage nach der Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft ist sehr oft identisch mit der Frage der Möglichkeit einer nochmaligen, gegenseitigen Verzeihung (Roth S. 43).

mal dieses Scheidungsgrundes und damit die Scheidungsklage hin-fällig⁶⁴. In diesem indirekten Sinne ist der Verzeihung im Schei-dungsgrund der tiefen Zerrüttung eine gewisse rechtliche Bedeutung zuzusprechen⁶⁵.

Ferner können beim vorliegenden Scheidungsgrund all die ver-ziehenden Delikte der Art. 137 und 138, wo der Verzeihung schlecht-hin klageausschliessende Wirkung zukommt⁶⁶, vorgebracht werden, entweder zur Unterstützung des generellen Scheidungsgrundes oder als Hauptursache desselben, wenn nämlich die betreffenden verzie-henen Handlungen ein Misstrauensverhältnis zu begründen ver-mochten, welches das eheliche Zusammenleben immer schwieriger, un-erspriesslicher und schliesslich unmöglich gestaltete⁶⁷.

Z u s a m m e n f a s s e n d lässt sich festhalten, dass es im allge-meinen nicht der Vergesslichkeit des Gesetzgebers zuzuschreiben ist, wenn der Verzeihung nur in den Art. 137 und 138 klageausschlies-sende Wirkung zuerkannt wurde. Vielmehr wurde sie mit voller Ab-sicht bei den übrigen Scheidungsgründen weggelassen, mit Ausnahme des entehrenden Verbrechens. Dort ist die Unterlassungssünde aus erklärbaren Gründen unterlaufen.

Hingegen kommt der Verzeihung bei den übrigen Ehescheidungs-gründen der Art. 139/142 — ausgenommen der Geisteskrankheit — eine i n d i r e k t e Bedeutung zu, sei es als Indiz für die Zumutbar-keit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft, sei es als Spiegel-bild der unter den Ehegatten herrschenden Gesinnung. Sie im Ge-

64) Vgl. die ausführliche Behandlung des Verhältnisses zwischen Art. 142 ZBG und dem Verzeihungsbegriff bei Roth: „Die Zerrüttung des ehelichen Ver-hältnisses als Problem der Rechtsprechung“, S. 42 ff., welche meinen diesbe-züglichen Ausführungen zu Grunde liegt.

65) a. M. Knus S. 234, Thurnheer S. 48 f. Nach seiner Meinung setzt sich die tiefe Zerrüttung aus zahlreichen verzielenen Tatsachen zusammen. Ihre An-häufung wirke dem Sprichwort „steter Tropfen höhlt den Stein“ zufolge. Da je-doch die Zerrüttung als Scheidungsgrund geltend gemacht worden sei, dürften bei diesen Tatsachen die Verzeihung nicht mehr geltend gemacht werden, da sonst der Nachweis in der Mehrzahl der Fälle überhaupt unmöglich würde. Wie bei der böswilligen Verlassung bleibe das Recht auf Scheidung bestehen, solange der Zu-stand der Zerrüttung andaure, auch wenn zwischenhinein der Versuch der Ver-söhnung unternommen worden sei. Soweit die Argumentation Thurnheers. Knus S. 234 betont, dass der Verzeihung bei diesem Scheidungsgrund keine selbständige rechtliche Bedeutung zukomme; sie könne (müsse aber nicht) höchstens zur Folge haben, dass die Unzumutbarkeitsfrage im negativen Sinne beantwortet werde.

66) Auf Grund unserer Überlegungen auf S. 82 ff. muss auch das ent-ehrende Verbrechen zu diesen Tatbeständen hinzugezählt werden.

67) Vgl. BGE 39 II 181, 50 II 319.

setze zu erwähnen, war jedoch überflüssig⁶⁸, da sie vom Richter, wie sich aus der Judikatur ergibt, ohnehin Berücksichtigung findet.

III. Die Wirkung der Verzeihung im Erbrecht

A. Die im Gesetze erwähnte Wirkung der Verzeihung im Rechte der Erbunwürdigkeit

Die rechtliche Wirkung der Verzeihung offenbart sich im Rechte der Erbunwürdigkeit darin, dass dem Indignus die Fähigkeit, Erbe zu sein, wieder zugesprochen wird, obgleich er sich eines Verbrechens schuldig erwiesen hat, welches eo ipso von Erbunwürdigkeit gefolgt ist. Er wird somit in sämtlichen Rechten und Pflichten, welche sich aus einem Nachlass ergeben können, wiederhergestellt. Die Unwürdigkeit, gesetzlicher⁶⁹ oder eingesetzter⁷⁰ Erbe oder Vermächtnisnehmer⁷¹ eines bestimmten Erblassers zu sein, wird beseitigt⁷².

Diese Bestimmung des Art. 540 Abs. 2 bildete bei den Beratungen im Nationalrat Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten⁷³. Auf der Ansicht basierend, bei den Erbunwürdigkeitsgründen spiele das öffentliche Interesse eine wesentliche Rolle, das den Ausschluss des Unwürdigen vom Erbgang erfordere⁷⁴, enthielt der Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements aus dem Jahre 1900 noch keine Bestimmung über eine Verzeihung⁷⁵.

Dass der Ständerat die Verzeihung dennoch mit der bekannten Wirkung ausstattete, lässt wohl den Schluss zu, er habe den Fehler in

68) Eine derartige Bedeutung käme der Verzeihung noch mancherorts zu, so im StGB bei allen Antragsdelikten. Vgl. v. Tuhr-Sieewart I S. 118: „Die Verzeihung ist zwar nur beim Ehescheidungsrecht, ZGB 137 u. 138, und bei der Erbunwürdigkeit, ZGB Art. 540, erwähnt, muss aber als ethischer Vorgang überall wirken, wo ein Recht auf gekränktem Gefühl beruht.“

69) Vgl. Art. 457 ff., 470 ff. ZGB.

70) Art. 481 ZGB durch letztwillige Verfügung (498 ff.) oder Erbvertrag (215 ff.) im Rahmen der Schranken der erblasserischen Verfügungsfreiheit.

71) Art. 543 ZGB.

72) Vgl. Bindschedler S. 147, ZGB Art. 540 Abs. 1: „Durch Verzeihung des Erblassers wird die Erbunwürdigkeit aufgehoben.“ Vgl. Code civil Art. 727/9, deutsches BGB § 2339, Motive V. S. 524.

73) Vgl. Sten.Bull. 1906 S. 270, 433 ff.

74) Vgl. Erläuterungen S. 97 ff., Gottofrey's Ausführungen im Sten.Bull. 1906 S. 270, Escher N. 16 zu Art. 540, Huggler S. 126 f.

75) Vgl. Vorentwurf zum Schweiz. ZGB Bern 1900 Art. 557 ff.

der oben erwähnten Motivierung erkannt: Die Erbunwürdigkeit lässt sich nicht ausschliesslich aus öffentlichem Interesse motivieren, sie entspringt nicht einem einheitlichen Grundprinzip⁷⁶.

Die Erbunwürdigkeit tritt ipso iure bei Begehung eines der im Gesetze unter Art. 540 Ziff. 1—4 genannten Delikte gegen die Person eines bestimmten Erblassers oder gegen seine Testierfreiheit ein. Es muss dem Erblasser also auch ein Mittel in die Hand gegeben werden, mit welchem er nach seinem freien Willen die Aufhebung der Erbausschliessung bewirken kann, als *Ausdruck seines subjektiven Empfindens*, dass das zerstörte *Pietätsverhältnis* zwischen ihm und dem Erbunwürdigen wiederhergestellt sei⁷⁷.

Zweifellos verlangt auch ein öffentliches Rechtsempfinden den Ausschluss eines Erben vom Erbgang, der sich in einer vom Gesetze normierten Weise gegen den Erblasser vergangen hat. Aber gerade das Bestreben des Gesetzgebers, dem Rechtsempfinden des Volkes gerecht zu werden, veranlasste ihn, den strengen *logischen Entwurf* abzuändern und die unerträglichen *Härten* des Gesetzes zu vermeiden⁷⁸, die sich aus dem unwiderruflichen Ausschluss eines Unwürdigen möglicherweise ergeben. Schliesslich wurde das Institut der Erbunwürdigkeit noch in erster Linie zum Schutze des Erblassers geschaffen und nicht als Sanktion eines bestimmten Verhaltens der Erben⁷⁹.

Nur der Erblasser — nicht auch eine Drittperson — vermag durch seine Verzeihung rechtliche Wirkung herbeizuführen. Andererseits ist der Unwürdige auch nur dem betreffenden Erblasser gegenüber erb-

76) Vgl. Tuor Komm. 29 zu Art. 540-41 ZGB, ebenso das Beispiel, welches Hoffmann im Ständerat als Berichterstatter der Kommission anführte (Sten.Bull. 1906 S. 433): Ein Vater ist auf dem Totenbette von Erbschleichern umschwärmt. Einer von ihnen mag den halb Willenlosen dazu zu bewegen, in letzter Stunde noch ein Testament zu seinen Gunsten zu errichten. Der dazu kommende gesetzliche Erbe erfasst die Lage sofort, zerreisst in voller Empörung das frisch geschaffene Testament und jagt den Erbschleicher aus dem Zimmer hinaus. Sich selbst stellt er vor die Türe des Kranken, um darüber zu wachen, dass der andere keinen Zutritt mehr zum Erblasser habe, um den Sterbenden nochmals dazu zu zwingen, das vernichtete Testament zu bestätigen und zu erneuern. Einen solchen Erben nach Art. 540 Ziff. 4 ZGB von jeglichem Erbrecht auszuschliessen, müsste doch zu dem menschlichen Sinne unseres Gesetzes im Widerspruch stehen.

77) Vgl. die Ausführungen auf S. 49 f.

78) Vgl. Rohr S. 59. Sten.Bull. 1906 S. 434.

a. M. Eck S. 84. Er ist der Ansicht, dass mit der Berücksichtigung der Verzeihung über das Mass des Notwendigen und Berechtigten hinausgegangen worden sei.

79) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 49, Anm. 116.

unfähig: Er kann also einen Dritten beerben, welcher infolge seines Ausschlusses an seiner Statt den Erblasser beerbt hat⁸⁰ und somit dennoch in den Besitz der durch die Unwürdigkeit verlorengegangenen Erbschaft gelangen⁸¹. Dies bedeutet aber nicht, dass der, infolge Unwürdigkeit des direkten Erben, Nächstberechtigte auf die betreffende Erbschaft verzichten kann in der Absicht, dadurch den Unwürdigen wieder in seine ursprüngliche Erbstellung einzusetzen⁸².

Da im schweizerischen Recht die Erbunwürdigkeit ipso iure eintritt, ist ein Verzicht auf ihre Geltendmachung ausgeschlossen, da es einer solchen gar nicht bedarf⁸³.

B. Berücksichtigung der Verzeihung bei der Enterbung

Obwohl die Eingliederung der beiden Rechtsinstitute in der Systematik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eine ungleiche ist, besteht zwischen ihnen ihrem Wesen gemäss doch eine gewisse Ähnlichkeit. Auf Grund dieser Verwandtschaft ist hier zu untersuchen, ob und inwiefern der Begriff der Verzeihung im Recht der Enterbung von Bedeutung ist⁸⁴.

a) Enterbung und Erbunwürdigkeit

Den beiden Instituten der Enterbung und der Erbunwürdigkeit steht im Rahmen des schweizerischen Erbrechts gemeinsam die Aufgabe zu, den Erben, der sich entweder einer gröblichen Verletzung der erblasserischen Testierfreiheit⁸⁵ oder des Pietätsverhältnisses⁸⁶ schuldig erwiesen hat, von der Erbfolge auszuschliessen. Während jedoch die Erbunwürdigkeit ein Mittel der Rechtsordnung ist, einen Erben auf Grund eines bestimmten rechtswidrigen Verhaltens als

80) Vgl. Escher N. 2 zu Art. 540 ZGB.

81) Vgl. Bindschedler S. 147, Escher N. 2 zu Art. 540 ZGB, Crome V. S. 187 Anm. 4.

82) Vgl. Rohr S. 59.

83) Im Gegensatz dazu: das deutsche Recht. Hier tritt die Erbunwürdigkeit nicht ipso iure ein, sondern sie muss zuerst in einer Anfechtungsklage geltend gemacht werden. Diese kann von jedem Erben angestrengt werden, dessen Stellung sich durch den Wegfall des Unwürdigen zu seinen Gunsten verändert hat. Vgl. BGB § 2341, Motive V. S. 522, Dernburg Erbrecht S. 29 ff., Kipp S. 377, Crome V. S. 188, Leonhard S. 530, Kretzschmar S. 400 ff.

84) Vgl. darüber speziell die Dissertationen von Stadler, Gehm, Rohr, Eck, Bertholet, Jckowicz zit. im Literaturverzeichnis.

85) Sanktion vor allem die Erbunwürdigkeit.

86) Sanktion Enterbung und Erbunwürdigkeit. Vgl. Huggler S. 24 f.

eo ipso erbunfähig zu erklären, liegt in der *Enterbung* eine in der Verfügungsfreiheit des Verletzten begründete *Selbsthilfe* des Erblassers, einen pflichtteilberechtigten Erben aus bestimmten, im Gesetze genannten⁸⁷ und in der Verfügung anzugebenden Gründen⁸⁸ seinen Pflichtteil durch eine Verfügung von Todes wegen zu entziehen.

Während also die Enterbung in der Verfügungsfreiheit des Erblassers begründet ist, spielt sein subjektiver Wille bei der Erbunwürdigkeit keine Rolle, es sei denn, er gebe seiner Verzeihung Ausdruck. Die Erbunwürdigkeit kann also als *Hilfsinstitut* der *Enterbung*⁸⁹ angesehen werden, um dort einen erbrechtlichen Erwerb zu verhindern, wo das allgemeine Rechtsbewusstsein den Ausschluss des schuldigen Erben verlangt⁹⁰, ohne dass der Erblasser noch im *Stande* wäre, diese selbst durchzusetzen.

87) Art. 477 ZGB: „Der Erblasser ist befugt, durch Verfügung von Todeswegen einem Erben den Pflichtteil zu entziehen, 1. wenn der Erbe gegen den Erblasser oder eine diesem nahe verbundene Person ein schweres Verbrechen begangen hat. 2. wenn er gegenüber dem Erblasser oder einem dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat.“ Vgl. auch Art. 480 ZGB: „Bestehen gegen einen Nachkommen des Erblassers Verlustscheine, so kann ihm der Erblasser die Hälfte seines Pflichtteils entziehen, wenn er diese den vorhandenen und später geborenen Kinder desselben zuwendet. Diese Enterbung fällt jedoch auf Begehren des Enterbten dahin, wenn bei der Eröffnung des Erbanges Verlustscheine nicht mehr bestehen oder wenn deren Gesamtbetrag einen Viertel des Erbteils nicht übersteigt.“ Vgl. Beispiele dazu in *Tuor Testament* S. 193 Nr. 9. = *Praeservativenterbung*.

Obwohl das ZGB hier von einer *Enterbung* eines Zahlungsunfähigen spricht, ist sie ihrem Wesen nach keine eigentliche Enterbung. Der Pflichtteil wird dem Erben ja nicht entzogen, sondern die Pflichtteilsquote wird lediglich verkürzt (s. Stadler S. 105). Da diese Bestimmung jedoch in erster Linie zum Schutze der Familie des Erblassers erlassen wurde, kommt ihr der Charakter einer *exheredatio bonamente facta* zu. (a. M. Stadler S. 105 ff.) Eine Verzeihung ist somit in diesem Falle ohne Gültigkeit. (Vgl. Planck V. § 2338 Anm. 7, Schiffner L.: „Pflichtteil, Erbenausgleich und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem BGB“, Jena 1897 in O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess Bd. I, Jena 1898 S. 78, Rohr S. 66 ff., Escher zu Art. 480 ZGB.)

88) Vgl. Rohr S. 11, Bindschedler S. 49 f., Eck S. 13, *Tuor Komm.* Escher zu Art. 477 ZGB, Beispiel in *Tuor Testament* S. 12 Nr. 8.

89) Vgl. Escher No. 6 zu Art. 540.

90) *Tuor ZGB* S. 354: „Die Enterbung braucht notwendigerweise eine Ergänzung. Sie versagt gerade in gewissen krassen Tatbeständen, in denen sie am ehesten am Platz wäre, nämlich dann, wenn das Vergehen des Erben zur Folge hatte, dass die Errichtung einer Verfügung unmöglich wurde. In diesen Fällen spricht das Gesetz selbst, ordnet das Gesetz selbst den Ausschluss des Erben von der Erbfolge an.“

Obwohl zwischen Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründen eine gewisse Parallelität besteht, ist keines der beiden Institute zu entbehren. Einerseits muss die Enterbungsordnung in bestimmten Fällen durch das Gesetz *ergänzt* werden, anderseits rechtfertigen auch weniger wichtige Tatbestände als die des Art. 540 ZGB den Ausschluss des schuldigen Erben von der Erbfolge, ohne dass vom Standpunkt des öffentlichen Interesses aus unbedingt eine Sühne verlangt würde⁹¹.

Neben dem Schutz der erblasserischen Testierfreiheit haben wir im Institut der Erbunwürdigkeit somit noch ein anderes Motiv herauszuarbeiten vermocht: die *Ergänzung und Garantie der Enterbungsordnung*⁹².

b) Die Rolle der Verzeihung im Rechte der Enterbung

Aus der Tatsache, dass es der schweizerische Gesetzgeber unterlassen hat, der Verzeihung im Rechte der Enterbung eine rechtliche Wirkung zuzusprechen, könnte gefolgert werden, er habe absichtlich⁹³ verhindern wollen, dass die Enterbung durch eine nachträgliche Verzeihung des Enterbungsgrundes gegenstandslos werde. Für diese Annahme spräche auch der Umstand, dass das Zivilgesetzbuch bei der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung dieselben strengen Formen fordert wie bei der Errichtung⁹⁴, nämlich die öffentliche⁹⁵, eigenhändige⁹⁶ oder mündliche⁹⁷ Verfügung.

Soll nun die Verzeihung dennoch rechtliche Bedeutung haben, auch wenn der Erblasser nach seiner Versöhnung mit dem Enterbten die Enterbung weder widerrief⁹⁸, noch durch eine neue Verfügung ersetzte⁹⁹, noch sie einfach vernichtete^{100 101}.

Dagegen spricht die Überlegung, dass eine *formlose* Verzeihung die *formelle* Enterbung in einer Verfügung von Todes wegen

91) Vgl. Sten.Bull. 1906 S. 433 (Hoffmann).

92) Vgl. Huggler S. 26 und die dort in Anm. 30 zit. Literatur.

93) Vgl. Escher S. 187 f.

94) Vgl. Art. 509 Abs. 1 ZGB, BGE 55 II 168 f.

95) Art. 499—504 ZGB.

96) Art. 505 ZGB.

97) Art. 506 ff. ZGB.

98) Art. 509 ZGB.

99) Art. 511 ZGB.

100) Art. 510 ZGB.

101) Vgl. das Beispiel bei Tuor Testament S. 192 Nr. 8 und S. 194 Nr. 10, Jckowicz S. 93 ff.

nicht zu beseitigen¹⁰² vermag. Aus der Tatsache, dass der Erblasser die Enterbung nicht formgültig¹⁰³ zurückzieht, ergibt sich die Präsumption, dass er in Wirklichkeit den Enterbungsgrund noch nicht überwunden, d. h. noch nicht verziehen hat¹⁰⁴. Von dieser Überlegung ausgehend, hatte der Gesetzgeber absichtlich einen diesbezüglichen Zusatz über eine Berücksichtigung der Verzeihung im Rechte der Enterbung — obwohl in den Beratungen vorgeschlagen — endgültig abgelehnt¹⁰⁵.

Hier ist aber, wie wir weiter oben gesehen haben, einzuwenden, dass die Verzeihung ein allgemeines Rechtsprinzip ist¹⁰⁶. Das Bundesgericht hat ihr deshalb auch dort Wirkung zuerkannt, wo sie im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt ist¹⁰⁷.

So wurde in der Literatur oft die Ansicht vertreten, dass die Verzeihung implicite die Enterbung aufhebe¹⁰⁸. Es lässt sich tatsächlich der Fall denken, dass der Erblasser an seinem Totenbett verzeiht, in einem Moment, wo es bereits zu spät ist, die Enterbung formgültig zu widerrufen. Es müsste zu ungerechtfertigten Härten führen, würde dann einer Verzeihung jegliche rechtliche Wirksamkeit abgesprochen, wenn der Erblasser es einfach vergisst, auf die erfolgte Verzeihung hin die Enterbung auf eine gesetzlich vorgeschriebene Art rückgängig zu machen¹⁰⁹. Dagegen ist einzuwenden, dass nach den allgemeinen psychologischen Erfahrungen ein Testator, der wirklich vom Willen beseelt ist, eine verfügte Enterbung wieder rückgängig zu machen, Abänderung, Vernichtung oder Widerruf der Verfügung in der Regel als „imperatives Bedürfnis“ empfindet¹¹⁰.

102) Escher N. 10 zu Art. 477, Dernburg Pandekten III. § 153, 3.

103) Darin liegt ja gerade der Sinn und Zweck einer Form, dass sie den Verpflichtenden zwingt, sich mit der Angelegenheit nochmals eingehend zu befassen, womit eine gewisse Gewähr gegen Ungenauigkeit, Übereilung und zudem eine Erleichterung der Beweisführung geboten sein soll.

104) „Der Widerruf einer derartigen Verfügung durch den Testator sei ja im Gesetze leicht genug gemacht, während die Führung des Nachweises einer solchen Verzeihung zu den umständlichsten und schwierigsten gehören würde.“ Vgl. BGE 55 II 169.

105) Vgl. Huber, Erläuterungen 2. Heft Erbrecht S. 71, Escher N. 11 zu Art. 477 ZGB, BGE 55 II 168 f., Stadler S. 24 und die dort in Anm. 4 zit. gemeinrechtliche Doktrin.

106) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 81 und 82, Anm. 33.

107) BGE 10, 112; 30 II 13, 399; 54 II 355.

108) Vgl. Plank V. S. 618, Eck S. 35, Jkovicz S. 94, Stadler S. 25 f.

109) Vgl. Jkovicz S. 95.

110) BGE 55 II 168 f.

Grundsätzlich ist dieser Ansicht m. E. zweifellos beizupflichten. Dennoch muss der Tatsache, dass sie bei allzu kategorischer Anwendung zu ungerechtfertigten Härten führen muss, Rechnung getragen werden¹¹¹.

Der Verzeihung schlechthin die Kraft eines Aufhebungsgrundes der Enterbung einzuräumen¹¹², würde dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich widersprechen. Ein Zusatz in diesem Sinne wurde in den Beratungen vorgeschlagen, jedoch abgelehnt¹¹³.

Ein Mittelweg zwischen den beiden extremen Auffassungen¹¹⁴ scheint die richtige Lösung des Problems zu sein. Wenn sich nach dem Tode des Erblassers herausstellt, dass ein Enterbungsgrund infolge Verzeihung nicht mehr vorlag, so soll die Enterbung gemäss Art. 479 ZGB¹¹⁵ anfechtbar sein, sofern sie aus Unfähigkeit,

111) Es darf nämlich nie ausser acht gelassen werden, dass ein Erblasser nicht willkürlich, sondern nur auf Grund eines im Gesetze genannten Tatbestandes berechtigt ist, seine Nachkommen zu enterben, d. h. wenn sich diese entweder eines schweren Verbrechens oder einer schweren Familienpflichtsverletzung schuldig erwiesen haben (vgl. Art. 477 ZGB). Ob diese Tatbestände erfüllt seien, beruht aber weitgehend auf einer subjektiven Beurteilung seitens des Erblassers, und die Verzeihung scheint mir immerhin ein Indiz dafür zu sein, dass die Verletzung vom Erblasser nicht als derart schwer empfunden wurde, als dass der Enterbungsgrund weiterhin gerechtfertigt wäre. Durch die Verzeihung wird also nicht die Enterbung an sich aufgehoben, sondern das Motiv dazu wird in Zweifel gezogen. Vgl. Tuor ZGB 332, Tuor Komm. S. 1058 ff., Jckowicz S. 95 f.

112) A. M. Stadler S. 25 ff. Auch im Rechte der Enterbung wirkt bei ihm die Verzeihung schlechthin klageaufhebend, da er eine Enterbung nur dann als rechtsgültig anerkennt, wenn die inneren Voraussetzungen für das Recht auf den Pflichtteil, den familienrechtlichen Beziehungen, zerstört oder schwer verletzt wurden (S. 14) und wenn der Erblasser das Verhalten des Erben tatsächlich als schwere Verletzung empfunden hat. Die Verzeihung liefere aber hinreichend Beweis dafür, dass dem betreffenden Unrecht diese Wirkung nicht zukam, dass die familienrechtlichen Bande weiterbestehen. Infolgedessen sei auch eine Enterbung, die sich auf einen verziehenen Enterbungsgrund stütze, unwirksam.

113) Vgl. Huber Erläuterungen S. 391.

114) Auf der einen Seite: Annullierung der Enterbung durch Verzeihung des Erblassers (vgl. Stadler S. 25 ff., Jckowicz S. 90 ff.), auf der anderen Seite: Keinerlei Berücksichtigung einer formlosen Verzeihung im Rechte der Enterbung (vgl. BGE 55 II 168 f.).

115) Abs. 2: „Ficht der Enterbte die Enterbung wegen Unrichtigkeit an, so hat der Erbe oder Bedachte, der aus der Enterbung Vorteil zieht, deren Richtigkeit zu beweisen.“ Abs. 2: „Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden..., so wird die Verfügung insoweit aufrecht erhalten, als sich dies mit dem Pflichtteil des Enterbten verträgt, es sei denn, dass der Erblasser die Verfügung in einem offenbaren Irrtum über den Enterbungsgrund getroffen hat.“

Versehen, Vergesslichkeit oder Rechtsirrtum nicht mehr aufgehoben wurde oder werden konnte¹¹⁶.

Dringt der Enterbte mit der Anfechtungsklage durch, so ist er wieder in seinen Pflichtteil einzusetzen¹¹⁷. Somit werden einerseits übertriebene Härten weitgehend vermieden¹¹⁸, anderseits wird aber auch dem Prinzip der Formenstrenge im Rahmen des Erbrechts und dem allgemeinen Rechtsempfinden in bedeutendem Masse Rechnung getragen¹¹⁹.

IV. Verzeihung in die Zukunft

A. Problematik

Die Verzeihung zum voraus bildet eine *contradictio in adjecto*, d. h. es widerspricht dem Wesen der Verzeihung in sich, in die Zukunft zu wirken¹²⁰. Eine solche Verzeihung ist bedeutungslos, da weder die primäre Voraussetzung des schuldhaften Verhaltens, eine Verletzung familiärer Pflichten und damit ein innerer Zwiespalt, noch eine umfassende Kenntnis der zu verzeihenden Tatsachen in ihrer vollen Bedeutung möglich ist¹²¹.

116) Vgl. Tuor ZGB S. 332.

117) Tuor ZGB S. 333 nimmt an, dass der Erblasser den Erben auf jeden Fall bis auf den Pflichtteil hinuntersetzen wollte. Die Enterbung soll also nicht vollständig aufgehoben werden, sondern nur soweit sie den Pflichtteil des Enterbten verletzt. In diesem Sinne auch Planck V. S. 956.

118) Sollte jedoch erst nach dem Tode des Erblassers der verzeihene Enterbungsgrund in seiner ganzen Wirkung und Tragweite ermessbar sein, so ist der Verzeihung jede Bedeutung abzuspreden.“

119) Frommhold S. 304 betrachtet es als eine Frage der Auslegung, ob und inwiefern der Verzeihung bei der Enterbung eine Wirkung zugestanden werden kann.

120) Dies käme eher einer Zustimmung gleich. Darunter verstehe ich die Erklärung, ein bestimmtes Verhalten einer Person zu billigen, nicht als subjektive Beleidigung zu empfinden. (Über Wesen, Merkmale und Voraussetzungen der Zustimmung vgl. X. Lienert S. 49 f.). Es unterscheidet sich aber gerade darin die Verzeihung von der Zustimmung, dass der Verzeihende sich verletzt fühlt, das missbilligende Verhalten dem anderen dennoch nicht weiter nachtragen will, während der Zustimmung die Handlung des andern, wie aus seiner Erklärung hervorgeht, gar nicht als Verletzung empfindet und somit überhaupt keine Störung des sittlichen Verhältnisses eintritt. Vgl. Knus S. 235, Thurnheer S. 74.

121) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 44 ff., 51 f.

Der zum voraus Verzeihende kann weder die geistigen, noch die moralischen und wirtschaftlichen Auswirkungen eines in der Zukunft liegenden Verbrechens in vollem Umfange und Tragweite ermessen¹²². Eine Verzeihung in die Zukunft ist daher rechtlich bedeutungslos¹²³, denn sie käme einer Beschränkung der Persönlichkeitsrechte in „einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad“ gleich¹²⁴.

B. Tötung auf Verlangen

Eine Art Spezialfall der Verzeihung in die Zukunft stellt die Tötung auf Verlangen dar¹²⁵. Es stellt sich hier die Frage, ob ein Erbe, der seinen Erblasser auf dessen eindringliches Verlangen hin tötet¹²⁶, auf Grund des Art. 540 Ziff. 1 ZGB für erbunwürdig erklärt werden müsse, wenn der Sterbende seiner Verzeihung vor und nicht mehr nach begangener Tat Ausdruck zu verleihen vermochte.

Dass eine solche Verzeihung gegen den Art. 27 ZGB verstösst, haben wir im vorangehenden Kapitel festgestellt. Gegen die These, Erbunwürdigkeit sei eine ungerechte Sanktion gegen eine Handlung, die sich aus einem ausdrücklichen, ernstgemeinten Wunsche des Erblassers ergebe¹²⁷, sprechen aber verschiedene Überlegungen:

122) Vgl. Lienert S. 47, BGE 53 II 196.

123) Es kann immerhin einer zum voraus erteilten Verzeihung die Bedeutung einer Zustimmung innewohnen. Vgl. Knus S. 206, Rehdans S. 17: „Eine Verzeihung im voraus ist gar keine Verzeihung, sondern bedeutet regelmässig entweder Einwilligung des Verletzten der gegen ihn gerichteten Verfehlung oder Teilnahme an derselben. Schon der rein sprachlichen Bedeutung des Wortes „Verzeihung“ widerspricht es, sie auch auf zu erleidendes Unrecht zu beziehen.“

124) Diese Verzeihung bedeutet also eine Verletzung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB und ist daher als gegen die guten Sitten verstossend nichtig. (Vgl. Katz S. 10, Freudenberg S. 5, Müller S. 13, Schmidt 2 a zu § 1570 BGB, Crome IV. S. 227, BGE 39 II 181, 40 II 440, 50 II 319, 53 II 196). Unsere Ausführungen auf S. 48, Anm. 109.

125) Vgl. Escher S. 502, Kretzschmar S. 398, Dernburg Erbrecht S. 28, Crome V. S. 189, unsere Ausführungen auf S. 48, Anm. 109.

126) Es kann z. B. der aufgeforderte Erbe dem inständigen Bitten des Erblassers Folge leisten, ihn durch Einspritzung oder Vergiftung von einem fürchterlichen, unheilbaren Leiden zu befreien. Vgl. das bei Rohr S. 36 zit. Beispiel.

127) Vgl. Escher S. 502, Rohr S. 36, der für die zivilrechtlichen Folgen Verzeihung annimmt, nicht jedoch für die strafrechtlichen, da nach Art. 114 StGB auch die Tötung auf Verlangen ausdrücklich unter Strafe gestellt werde. Auch Schindlbeck S. 46 will hier vor begangener Tötung gewährte Verzeihung gelten lassen.

Voraussetzung aller Erbunwürdigkeitsgründe bildet ein *s c h u l d -*
*h a f t e s V e r h a l t e n*¹²⁸ des Täters gegenüber dem Erblasser. Über
das Vorliegen eines Schuldmomentes liesse sich vielleicht in einen oder
anderen Fall diskutieren. Grundsätzlich muss aber festgehalten wer-
den, dass es in allen Fällen um einen grundlegenden moralischen
Grundsatz geht, um die Unveräusserlichkeit des
m e n s c h l i c h e n L e b e n s als Rechtsgut¹²⁹. Dieses Prinzip
darf nicht aus falscher Sentimentalität preisgegeben werden, abgesehen
davon, dass damit die Möglichkeit eines gefährlichen Missbrauches
gegeben wäre¹³⁰. Die Aufgabe des Gesetzgebers und Juristen besteht
viel eher darin, eine solche Tat grundsätzlich und strikte, auch dem
A r z t gegenüber bei Euthanasie¹³¹, zu verbieten, um damit jede Zwi-
schenlösung auszuschliessen, selbst auf die Gefahr hin, dass diese Be-
stimmung im vereinzeltten Falle als hart erscheinen mag.

V. Geltendmachung der Verzeihung

Auf dem Gebiete des Ehescheidungsprozesses gilt nach Bundesge-
richt der Grundsatz der *O f f i z i a l m a x i m e*¹³². Der Richter darf
seinem Urteil nur Tatsachen zu Grunde legen, von deren Vorhanden-
sein er sich überzeugt hat¹³³. Die Parteierklärungen sind für den Rich-
ter zwar nicht verbindlich¹³⁴, aber auch nicht schlechthin als Beweis-
mittel ausgeschlossen¹³⁵. Wird von der einen Partei in einem Ehe-
scheidungsprozess aus einem bestimmten Verhalten auf Verzeihung

128) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 47 f., Freudenberg S. 66, Anm. 1.

129) Vgl. Hünerwadel: „Die Tötung auf Verlangen“, Diss. Bern 1922
S. 45 und S. 72 f.

130) Vgl. Humboldt zit. bei Hünerwadel a.a.O. S. 46 f.

131) (= Todeslinderung). Darunter versteht man jenen ärztlichen Eingriff,
der auf Verlangen des Leidenden vorgenommen wird und mit der Linderung der
Qualen zugleich das Leben zum Abschluss bringt.“ Hafner H. „Die Tötung auf
Verlangen“, Diss. Bern 1925 S. 73, Velidedeoglu: „Tötung auf Verlangen, Eutha-
nasie, Selbstmord und Teilnahme am Selbstmord“, Diss. Neuenburg 1933. Vgl.
unser Beispiel in Anm. 126. Zeitschr. Pro Infirmis Jg. 1944 S. 289 ff.

132) Vgl. Pruppacher: Die Oficialmaxime im Zürcherischen Ehepro-
zess, Diss. Zürich 1922; Mondet: Verhandlungs- und Oficialmaxime in den schwei-
zerischen Zivilprozessrechten, Jahrbuch der Basler jurist. Fakultät 1926. M. Gisi:
Verhandlungs- und Oficialmaxime im Eheprozessrecht, in: ZSR 32, S. 460, Zür-
cher ZPO § 98 Abs. 2, § 251, § 256. Unsere Ausführungen auf S. 41, Anm. 69.

133) Vgl. Guldener S. 119 f., ZGB Art. 158.

134) ZGB Art. 158 Abs. 1 Ziff. 3.

135) Vgl. Neugebauer S. 18.

geschlossen, die von der Gegenpartei in Abrede gestellt wird, so geht aus dem Wortlaut des Art. 158 Abs. 1 Ziffer 1¹³⁶ hervor, dass der Richter verpflichtet ist, sich davon zu überzeugen, dass *keine Verzeihung vorliegt*; erst dann darf er die Anfechtungsgründe berücksichtigen¹³⁷.

Sache des Beklagten ist es, diejenigen Tatsachen, welche nach seiner Meinung Indizien für eine Verzeihung darstellen, darzulegen und zu beweisen¹³⁸. Ergeben sie sich aus dem Prozessstoff, oder hat der Richter sowieso Kenntnis von ihnen, so muss er sie von Amtes wegen berücksichtigen¹³⁹.

Steht eine Verzeihung fest, so kommt ihr ipso iure rechtsvernichtende Wirkung zu; ihr Vorhandensein bedeutet Negation des Scheidungs- resp. Erbunwürdigkeitsgrundes. Negativ ausgedrückt: Das Nichtvorhandensein der Verzeihung bildet einen Bestandteil des Erbunwürdigkeits- resp. Ehescheidungsgrundes¹⁴⁰. Die Verzeihung gewährt also nicht nur eine *Einrede*¹⁴¹, auf die der Richter nur dann eingehen darf, wenn sie geltend gemacht wird¹⁴², sondern sie ist eine *Einwendung*¹⁴³.

136) Der Richter darf Tatsachen, die zur Begründung einer Klage auf Scheidung oder Trennung dienen, nur dann als erwiesen annehmen, wenn er sich von deren Vorhandensein überzeugt hat.

137) Vgl. Thurnheer S. 106 f. Die Bestimmung aus Art. 158 Ziff. 1 ZGB trifft ja nur diejenigen Tatsachen, welche die Scheidung der Ehe fördern, nicht aber solche, die sie hindern.

138) Vgl. Art. 8 ZGB: „Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.“ Der Beweis lässt sich unter Umständen auch mittelbar aus einer Reihe von Umständen herleiten, die sich auf einen längeren Zeitraum verteilen.

139) Vgl. Egger N. 14 zu Art. 137, Gmür N. 26 zu Art. 137, SemJud 24 S. 721, Knus S. 226.

140) A. M. Gisi ZSR 32 S. 460: „Die Verzeihung ist ein gewöhnlicher nachträglicher Verzicht und steht mit dem Scheidungsgrund in keinem unmittelbaren Zusammenhang.“

141) Unter *Einrede* ist die Ausübung eines subjektiven Rechtes des Beklagten zu verstehen, das er zu seiner Verteidigung verwenden kann. Dieses Recht muss vom Berechtigten ausgeübt werden, um für die gerichtliche Entscheidung in Betracht zu fallen. Er kann selbstverständlich auch auf die Ausübung dieses Rechtes verzichten. Vgl. Guldener I S. 112 Anm. 3, v. Tuhr-Sieewart I. S. 26 f. z. B. Die Verjährung einer Schuld (Art. 142 OR) oder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR); vgl. Guhl S. 232, v. Tuhr-Sieewart S. 26.

142) Vgl. Zürcher ZPO § 98: „... Einreden dürfen nicht von Amtes wegen ergänzt werden.“

143) Das Vorbringen rechtsaufhebender, dem Rechte des Klägers entgegenstehender Tatsachen wird in der neuen Doktrin des Zivilrechts mit dem Wort

Der Verzeihung, die erst nach Erhebung der Scheidungsklage gewährt wird, kommt selbstverständlich ebenfalls rechtliche Bedeutung zu. Sie kann so lange geltend gemacht werden, als das Scheidungs-
urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist¹⁴⁴.

Wenn die Verzeihung einmal rechtswirksam geworden ist, kann sie nicht mehr widerrufen werden¹⁴⁵, es sei denn, sie basiere auf irrigen Voraussetzungen oder Vorstellungen¹⁴⁶.

Einwendung bezeichnet. (Erlass, Erfüllung, Unmöglichwerden einer Leistung vgl. Art. 19/20, 115, 119 OR). Während im deutschen Recht die beiden Begriffe der Einrede und Einwendung streng auseinandergehalten werden (vgl. die ausführliche Behandlung bei Nager S. 77 ff.), verwendet das schweiz. OR nur den Begriff der Einrede. Da sich die beiden Begriffe auch im OR nicht decken, sei auf deren Auseinanderhaltung Wert gelegt. Vgl. v. Tuhr-Siegwart S. 24 ff.: „Die Erhebung einer Einwendung ist Vorbringen einer Tatsache, die das Klagefundament bestreitet, die Erhebung einer Einrede ist Ausübung eines Rechtes durch Willenserklärung.“

144) Vgl. Gmür N. 25 zu Art. 138, Briner S. 121, Müser S. 118.

145) Vgl. Rohr S. 60, Bieler S. 75, Thurnheer S. 68, Erler S. 300, Freudenberg S. 72 ff., Knus S. 225, Müller S. 34, Gmür N. 25 zu Art. 137, Müser S. 12, Staudinger 4 c zu § 1570 BGB. Unsere Ausführungen auf S. 78.

146) Vgl. unsere Ausführungen auf S. 22, Anm. 30, 33 ff., 78.

CURRICULUM VITAE

Am 12. April 1930 wurde ich als Sohn des Eugen A. A. Zehnder, doctor philosophiae I, Kaufmann, Bürger von Zürich und Ettenhausen TG, und der Margrit B., geb. Müller, in Zürich geboren. Nach langem Aufenthalt in England, Jugoslawien und Österreich liessen sich meine Eltern 1936 endgültig in der Schweiz nieder, so dass ich in Zürich die Schulen besuchen konnte.

Im Herbst 1949 bestand ich die Maturitätsprüfung, Typus B, am kantonalen Gymnasium und immatrikulierte mich im selben Jahr an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Das folgende Semester absolvierte ich an der „Ecole de Droit“ der Universität Paris.

Im Sommer 1950 kehrte ich wieder nach Zürich zurück, um hier in den Militärdienst einzurücken; ein Jahr später wurde ich zum Leutnant der Infanterie brevetiert. Im Herbst 1953 schloss ich das Studium mit dem Doktorexamen ab.

Für die treue Leitung auf meinem Studienweg und für die wohlwollende Förderung dieser Arbeit spreche ich meinem hochgeschätzten Referenten, Herrn Prof. Dr. Gottfried Weiss, meinen aufrichtigen Dank aus.

